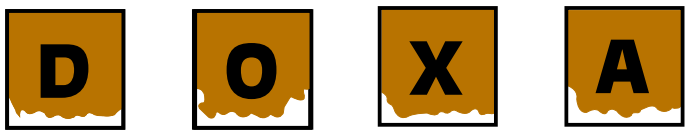

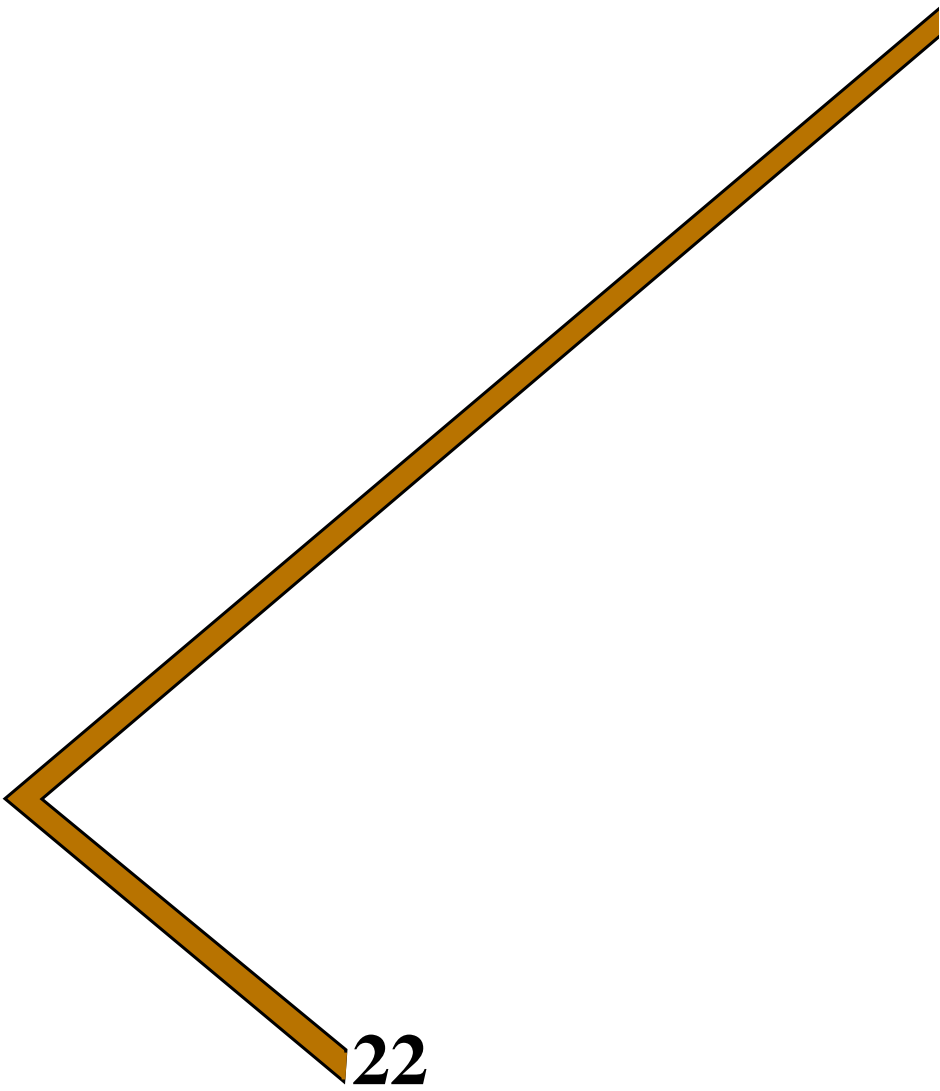

22

CUADERNOS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

Seminario de Filosofía
del Derecho de la
Universidad de
Alicante

Centro de Estudios Políticos y Constitucionales

Alicante, 1999

Índice

- Presentación
- Sobre el razonamiento jurídico
  - Aleksander Peczenik y Jaap Hage - Conocimiento jurídico, ¿sobre qué?
  - Enrique P. Haba - Precomprensiones, racionalidad y métodos, en las resoluciones judiciales
  - Fernando Atria - Del Derecho y el razonamiento jurídico
  - Hugo R. Zuleta - Análisis lógico-semántico de las normas jurídicas: las normas como contextos no extensionales en el razonamiento jurídico

- Problemas de Teoría del Derecho (IV Congreso Hispano-Italiano de Teoría del Derecho)
  - Claudio Luzzati - Más allá de Kelsen. Monismo y pluralismo en el Derecho Internacional
  - Isabel Lifante Vidal - Interpretación y modelos de Derecho
  - Alfonso García Figueroa - La tesis del caso especial y el positivismo jurídico
  - Rafael de Asís Roig - Modelos teóricos del Estado de Derecho
  - Alberto Puppo - Los rostros de la ciencia jurídica entre aceptación, descripción e inscripción del Derecho
  - José Luis Pérez Triviño - Validez, aplicabilidad y nulidad. Un análisis comparativo de la teoría del Derecho y la dogmática jurídica
  - Vittorio Villa - Constructivismo y teoría del Derecho
  - Perfecto Andrés Ibáñez - Racionalidad y crisis de la ley
  - Michele Taruffo - Racionalidad y crisis de la ley procesal
  - Francisco Laporta - Materiales para una reflexión sobre racionalidad y crisis de la ley
- Artículos
  - Michel Troper - La máquina y la norma. Dos modelos de Constitución
  - Jorge Luis Rodríguez - Lagunas axiológicas y relevancia normativa
  - Carlos Alarcón Cabrera - Dos conceptos de validez
  - Antonio Manuel Peña Freire - Reglas de competencia y existencia de las normas jurídicas
  - Pedro Francés Gómez - Derecho y las reglas del mercado
  - Xacobe Bastida - Los asuntos de la Filosofía del Derecho
  - Thomas Gutmann - «*Keepin 'em down in the farm after they've seen Paree*»: Contradicciones de la concepción comunitarista del Derecho
  - Francesco Viola - La ética de los derechos
  - Gianluigi Palombella - Derechos fundamentales. Argumentos para una teoría
  - Ángel Puyol González - Ética, derechos y racionamiento sanitario
  - Mark Van Hoecke y François Ost - Del contrato a la transmisión. Sobre la responsabilidad hacia las generaciones futuras
- Notas
  - Giuseppe Zaccaria - Explicar y comprender. En torno a la filosofía del Derecho de Paul Ricoeur
  - Javier Sábada - Guerra y Lógica Moral
  - Josep Aguiló Regla - Nota sobre «*Presunciones*» de Daniel Mendoca

- Entrevista
  - Manuel Atienza - Entrevista a Aleksander Peczenik

P R E S E N T A C I Ó N

La aparición de este número 22 de DOXA viene a coincidir con el inicio del portal del mismo nombre en la Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes de la Universidad de Alicante (http://cervantesvirtual.com/portal/doxa). DOXA surgió, en 1984, en un momento de renovación de la filosofía del Derecho en España y con la vocación de servir como vehículo de comunicación e intercambio entre los filósofos del Derecho latinoamericanos y los de Europa latina. Fieles a ese espíritu, ofrecemos ahora un conjunto de servicios de documentación que consideramos de interés para la comunidad de filósofos del Derecho que se expresan en lengua española. El lector (o el internauta) podrá encontrar en la anterior dirección, entre otras cosas, la bibliografía correspondiente a la filosofía del Derecho en España en 1998 (coordinada en esta ocasión por Pablo Larrañaga), y la edición digital de los primeros números de DOXA.

El estudio de Aleksander Peczenik y Jaap Hage que, en este número, abre la sección ***Sobre el razonamiento jurídico****, y que lleva como título* Conocimiento jurídico, ¿sobre qué?*, no concierne solo a la ontología y a la epistemología jurídicas, sino que conecta estas cuestiones con la del razonamiento jurídico. Los autores parten de una teoría del Derecho convencionalista-institucionalista, de acuerdo con la cual el Derecho consiste en una mezcla de entidades convencionales e institucionales: la existencia de entidades convencionales (por ejemplo, de ciertas normas) depende de las creencias de una parte significativamente extensa de la población; y las entidades institucionales existen porque son la conclusión de cierta regla que existe en una comunidad. Ahora bien, esta teoría tiene que ser corregida, de manera que se pueda incorporar a ella la idea de que el Derecho debe ser coherente. Y esto es lo que les lleva a sostener que, de alguna forma, los*

procedimientos de justificación del Derecho, la argumentación jurídica, contribuye a conformar lo que el Derecho es: el Derecho es «lo que la mejor teoría de todo [la más coherente] dice que es», y los procedimientos argumentativos están concebidos para obtener esta teoría más coherente.

En su trabajo Precomprensiones, racionalidad y métodos, en las resoluciones judiciales*, Enrique P. Haba se propone traer a la memoria una obra de Joseph Esser de 1970 (*Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*), donde «los temas centrales hacia los que tantea Dworkin fueron examinados en un nivel de agudeza y de matizaciones infinitamente superior». Este juicio está encaminado, sin embargo, más a denostar la obra de Dworkin (como prototipo de la teoría del Derecho dominante) que a ensalzar la de Essser. Haba presenta, en efecto, varios reparos a la obra del autor alemán: Esser no habría distinguido siempre con nitidez el plano del ser y el del deber ser, no logra tampoco proporcionar unos criterios firmes para hallar racionalidad en los procedimientos interpretativos, e incurre en el «error clave» de embarcarse en la búsqueda de un fundamento global de la interpretación que cree encontrar en unas precomprensiones «racionales».*

*Fernando Atria se ocupa en su contribución (*Del Derecho y el razonamiento jurídico*) de un problema que se le plantea a la teoría positivista del Derecho y que consiste en que no es capaz de dar una explicación adecuada del razonamiento jurídico que no suponga una distorsión del mismo. En su opinión, existe una tensión entre la teoría del Derecho y la del razonamiento jurídico, que se debe, al menos en parte, a una diferencia de perspectiva: la primera se plantea preguntas del tipo ¿qué es el Derecho? o ¿cuándo puede decirse que un sistema jurídico existe?, respecto de las cuales, la distinción entre el Derecho que es y el que debe ser resulta clara; pero la segunda trata de otras cuestiones, ¿cómo funciona el Derecho?, ¿cómo se aplica el Derecho?, donde esa claridad deja de existir. Atria muestra las dificultades que, para armonizar estas dos perspectivas, se encuentran en las obras de «los autores positivistas más sofisticados »como Hart, MacCormick o Raz.*

*Finalmente, Hugo Zuleta (*Análisis lógico-semántico de las normas jurídicas: las normas como contextos no extensionales en el razonamiento jurídico*) se plantea el problema de que cuando se conciben las normas como condicionales materiales surge la dificultad de que no se puede reflejar de manera adecuada el modo de razonar de los juristas. La reconstrucción de ciertas formas de razonamiento jurídico requiere, en su opinión, utilizar las herramientas de la lógica cuantificacional; sólo de esta forma se puede detectar dónde residen las dificultades y cuál es el camino para su solución.*

La siguiente sección de la revista recoge, bajo el título de ***Problemas de Teoría del Derecho****, una serie de ponencias y de intervenciones en mesas*

redondas que se presentaron en el ***IV Congreso Hispano-Italiano de Teoría del Derecho****, celebrado en Almagro a comienzos de octubre de 1998. Arranca con un trabajo de Claudio Luzzati (*Más allá de Kelsen. Monismo y pluralismo en el Derecho internacional*) en el que se examinan los dos aspectos que parecen estar en discusión a propósito de la teoría internacionalista de Kelsen: la reducción del Derecho a un conjunto de técnicas coercitivas, y la visión monista del Derecho, de acuerdo con la cual el ordenamiento estatal sería un ordenamiento parcial sometido al ordenamiento internacional. Luzzati se ocupa, sobre todo, de la segunda cuestión, lo que le lleva a analizar las razones por las cuales la epistemología jurídica neokantiana de Kelsen resulta inadecuada, y a explorar las posibles alternativas a las posiciones del jurista de Praga.*

*Isabel Lifante (*Interpretación y modelos de Derecho. Sobre el papel de la intención en la interpretación jurídica*) se ocupa de uno de los problemas más discutidos en la teoría de la interpretación contemporánea y que tiene como protagonistas, por un lado, a Dworkin y, por otro, a Raz y a Marmor. Lifante parte de que los argumentos de estos dos últimos (los intencionalistas) se basan en la noción de autoridad, muestra la problemática que plantea el «escurridizo concepto de "intención"», y llega a la conclusión de que sus tesis difícilmente pueden calificarse de «intencionalistas» respecto a la interpretación jurídica; además, en opinión de la autora, los intencionalistas parten de un modelo de Derecho que no es adecuado para caracterizar la interpretación jurídica*

*El trabajo de Alfonso García Figueroa (*La tesis del caso especial y el positivismo jurídico*) se conecta estrechamente con el de Fernando Atria, aunque las orientaciones de ambos trabajos son, en cierto modo, opuestas. García Figueroa parte de que lo que caracteriza a la «teoría stándar de la argumentación jurídica »(cuyo núcleo lo constituyen las obras de Alexy y de MacCormick) es la tesis del caso especial, esto es, el sostener que el razonamiento jurídico es un caso especial del razonamiento práctico general. Ahora bien, a esta tesis subyace una teoría no positivista, o antipositivista, del Derecho que el autor juzga problemática: por un lado, produce una disolución del concepto de Derecho y de la función judicial, y, por otro lado, se basa en la confusión de las nociones de pertenencia y aplicabilidad, causada por la adopción de la perspectiva interna, esto es, la perspectiva del participante.*

En Modelos teóricos del Estado de Derecho, *Rafael de Asís pretende dar cuenta de las diferentes concepciones que se han elaborado sobre el Estado de Derecho, diferenciando dos perspectivas de análisis, la analítica y la histórica. La perspectiva analítica parte del significado de los términos que componen la expresión «Estado de Derecho», y permite diferenciar dos ti-*

pos de construcciones: las sistemáticas y las no sistemáticas. La perspectiva histórica analiza la expresión de acuerdo con el significado que tiene en sus primeras formulaciones.

Alberto Puppo se ocupa (en Los rostros de la ciencia jurídica entre aceptación, descripción e *inscripción* del Derecho*) del papel de los juristas teóricos en la identificación de un ordenamiento jurídico y en la determinación de su contenido. En su exposición empieza reconstruyendo el concepto de punto de vista interno y de aceptación. Pasa luego a mostrar las peculiaridades del punto de vista del jurista y de su discurso. Distingue además entre diversos sujetos y objetos del discurso jurídico. Y concluye sosteniendo la tesis de que la ciencia jurídica, más que a describir (como el sociólogo) o a prescribir (como el legislador), se dedica a* escribir *el Derecho.*

En Validez, aplicabilidad y nulidad. Un análisis comparativo de la teoría del Derecho y la dogmática jurídica*, José Luis Pérez Triviño estudia el problema de las normas irregulares, centrándose en las que son inválidas, vigentes y obligatorias para determinados órganos. El autor entiende que la solución dada por Kelsen al problema, basada en la teoría de la cláusula alternativa tácita, es insatisfactoria, pues en realidad, lo que hace es diluir el problema de las normas irregulares. En su lugar, propone partir de la distinción entre validez y aplicabilidad, y considerar que las normas irregulares son inválidas pero aplicables. De esta forma se pueden explicar satisfactoriamente algunos casos que ha discutido la dogmática jurídica: las leyes estatales que afectan a competencias de una Comunidad Autónoma y el saneamiento del contrato anulable.*

Constructivismo y teoría del Derecho *es la contribución de Vittorio Villa a una de las mesas redondas de aquel Congreso, organizada en torno a la pregunta «¿Qué teoría del Derecho?». La respuesta de Villa es una teoría constructivista dirigida a operar una reconversión, sobre todo, epistemológica, de algunos presupuestos comunes de las teorías jurídicas analíticas contemporáneas. El constructivismo que él defiende trata de situarse a mitad de camino entre el realismo y el relativismo y se caracteriza por la nota del pluralismo de los esquemas conceptuales y de los vínculos de la actividad cognoscitiva (de manera que no hay una proliferación incontrolada de las diversas «lecturas interpretativas»). La asunción de esa concepción tendría como resultado la crítica a las concepciones objetualistas y relativistas del Derecho.*

El tema de la otra mesa redonda del Congreso de Almagro fue «Racionalidad y crisis de la ley». La intervención de Perfecto Andrés Ibáñez (que lleva ese mismo título) se centra en la distinta relación del juez con la ley que supone el modelo liberal, por un lado, y el modelo del Estado constitucional de Derecho, por el otro. El autor considera que, dentro de este últi-

mo modelo, se produce un notable reforzamiento del papel del juez que obedece a la nueva fisiología del ordenamiento y que, en ese sentido, es irreversible; sin embargo, hay también una «judicialización »patológica a la que habría que hacer frente. Ahora bien, el hecho de que conviva pacíficamente la preocupación por la crisis de la racionalidad legal que genera ese judicialismo con la renuncia a utilizar los medios aptos para que el juez pueda realizar adecuadamente su función constitucional hace pensar que muchas veces lo que no se acepta es ese modelo constitucional de juez.

Michele Taruffo (en Racionalidad y crisis de la ley procesal*) aborda la problemática desde la vertiente procesalista. Para ello, distingue dos nociones distintas de «racionalidad de la ley procesal». Determina en qué consiste la crisis de la ley procesal a partir de esas dos nociones. Señala algunas de las causas de la crisis. Y sugiere estos tres remedios: cambiar la cultura procesalista, en el sentido de superar actitudes obsoletas y formalistas legadas por la dogmática tradicional; recuperar y reformular los valores fundamentales y los principios generales del proceso; y redefinir de una manera sistemática los instrumentos de tutela personal.*

Finalmente, la última intervención de esa mesa redonda es la de Francisco Laporta: Materiales para una reflexión sobre racionalidad y crisis de la ley. *El autor parte de tres sentidos distintos de «ley» que se conectan con otras tantas ideas de racionalidad: la ley como el peldaño inmediatamente inferior a la constitución, ligado a la racionalidad deductivo-formal; la ley como expresión de la voluntad general, conectada con la racionalidad decisoria; y la ley como norma general y abstracta que apela a la noción de racionalidad como universalidad. Los fenómenos de crisis de la ley se producen en relación con los tres planos y abren una serie de interrogantes que tienen que ver con las dificultades de decidibilidad de las decisiones del poder, con los déficit de democracia, de legitimidad de origen, y con la dificultad de que la relación instrumental medio-fin pueda extenderse sin más de la realidad natural a la de las interacciones humanas.*

La máquina y la norma. Dos modelos de Constitución*, de Michel Troper, abre la sección de* ***Artículos.*** *El autor sostiene que existen dos maneras de concebir las constituciones que llevan a plantear de manera distinta su redacción, interpretación y análisis. No se trata de representaciones históricas o de clases en las que encajar cada constitución concreta, sino de modelos dotados de valor heurístico. Según el modelo normativo, la constitución sería un tipo de norma, cuya eficacia está asegurada porque las autoridades se someten a reglas obligatorias. El modelo mecanicista, por el contrario, trata de que sea la organización misma del sistema la que determine ciertos comportamientos a los que los gobernantes no pueden sustraerse.*

En Lagunas axiológicas y relevancia normativa*, Jorge Luis Rodríguez arranca de la distinción entre lagunas normativas y lagunas axiológicas trazada por Alchourrón y Bulygin y precisa el segundo de estos conceptos a partir de la noción de relevancia normativa. El autor traza una distinción entre dos nociones (descriptivas) de relevancia normativa paralela a la distinción entre los conceptos (descriptivos) de permisión positiva y negativa. Y termina vinculando la noción de laguna axiológica con el problema de la derrotabilidad de las normas jurídicas.*

Carlos Alarcón Cabrera empieza su trabajo Dos conceptos de validez *recordando la tesis del último Kelsen sobre la imposibilidad de llevar a cabo inferencias normativas. Examina luego la propuesta según la cual la tesis kelseniana tendría una excepción en el caso de las reglas hipotético-constitutivas. Y muestra que para contestar a la pregunta de ¿en qué sentido es deónticamente válida una norma inferida de otra norma deónticamente válida? hay que separar el concepto de «validez semántica» de los enunciados deónticos (validez como verdad), del concepto de «validez sintáctica» de los status deónticos (validez como existencia).*

*Antonio Peña Freire (*Reglas de competencia y existencia de las normas jurídicas*), tras efectuar un análisis de diversas concepciones de las reglas de competencia, plantea la conexión entre ese tipo de normas y las condiciones de validez y existencia de las normas jurídicas de la siguiente forma: la existencia de las normas de una cierta clase la determina la regla que confiere poder a un órgano para crear normas de esa clase y las normas de procedimiento que son constitutivas de ese órgano; el resto de las normas (de procedimiento, de competencia, de reserva o de contenido) condicionan la validez de la norma en cuestión, pero no su existencia.*

En Derecho y las reglas del mercado*, Pedro Francés Gómez muestra algunas de las virtualidades que tiene la teoría de juegos al ofrecer un modelo del mercado como juego cooperativo. En su opinión, ese enfoque permite mostrar la naturaleza política de la regulación legal de los mercados y su uso como instrumento para promover fines de política económica. El autor sostiene que este tipo de regulación puede gozar de mayor legitimidad social que las intervenciones directamente redistributivas.*

*Inspirándose básicamente en la filosofía de Gustavo Bueno, Xacobe Bastida (*Los asuntos de la filosofía del Derecho*) contrapone dos maneras de entender la filosofía del Derecho que se relacionan, esencialmente, con la adopción de una perspectiva* emic *(interna) o* etic *(externa) sobre el Derecho. La primera concibe el Derecho como un conjunto de preceptos socialmente vinculantes cuya obligatoriedad no es puesta en duda; la segunda, como un producto cultural, cuyo sentido está en función de los demás elementos de la sociedad. El autor entiende que la perspectiva genuina-*

mente filosófica es la segunda (la externa) pero, a su juicio, el rumbo actual de la filosofía del Derecho tiende a eliminarla.

*El resto de los trabajos de la sección plantean, en cierto modo, cuestiones de ética jurídica. El de Thomas Gutmann (*Contradicciones de la concepción comunitarista del Derecho*) se dirige a criticar las posiciones comunitaristas integracionistas (frente a las participativas), que dirigen su atención, antes que a la protección de los derechos y libertades individuales, a la protección de la integridad de los vínculos comunitarios. Gutmann muestra que ese comunitarismo incurre en contradicciones básicas y se basa en presupuestos descriptivamente inadecuados y normativamente poco convincentes. Por ello, entiende que no puede erigirse en alternativa a la fundamentación postconvencional de la ética y al Estado de Derecho liberal.*

En La ética de los derechos*, Francesco Viola se plantea la cuestión de si los derechos constituyen o pueden constituir una ética completa y autosuficiente, esto es, si cabe aceptar que la cuestión fundamental de la ética no sea la de establecer si una acción es buena o debida, sino la de si se tiene o no el derecho a realizarla. La respuesta que da es negativa, en cuanto las pretensiones de esa ética deben pasarse por la criba del razonamiento práctico y de la decisión común. El autor entiende que el verdadero problema ético de nuestro tiempo no es ya el reconocimiento de derechos (que ha pasado a ser un hecho), sino la forma de llevarlos a la práctica.*

*Gianluigi Palombella (*Derechos fundamentales. Argumentos para una teoría*) toma como base para su estudio de los derechos «fundamentales» (que, a diferencia de los derechos «humanos», son relativos a un ordenamiento jurídico) la definición (o las definiciones) de derecho subjetivo. A partir de ahí, muestra de qué manera se pueden individualizar, entre los derechos subjetivos, a los derechos fundamentales; qué papel funcional específico desempeñan en el ordenamiento de un Derecho constitucional; qué se puede decir respecto a su existencia y a su protección y tutela efectivas; y qué relación mantienen con la democracia. Respecto a esta última cuestión, cabe destacar la tesis del autor de que «la clave para comprender los derechos fundamentales no es la democracia, sino la estructura del Estado de Derecho».*

*El trabajo de Ángel Puyol (*Ética, derechos y racionamiento sanitario*) pertenece al campo de lo que suele llamarse ética aplicada. El problema del que se ocupa es el de la justificación de los límites a la atención sanitaria por razones económicas. Los partidarios de establecer esos límites suelen esgrimir con frecuencia principios utilitaristas que, en opinión del autor, resultan inaceptables porque llevan a considerar el derecho a la atención sanitaria como un derecho colectivo y no como un derecho indivi-*

dual. Puyol rechaza también las tesis neoliberales que reconocen el carácter individual del derecho, pero llevan a que el criterio de acceso al sistema sanitario dependa de la capacidad individual de pago. Y entiende que el camino a seguir es el marcado por la teoría de la justicia distributiva de Dworkin, a pesar de que la propuesta de este último se centra demasiado en la idea de responsabilidad individual.

*Finalmente, François Ost y Mark van Hoecke (*Del contrato a la transmisión. Sobre la responsabilidad hacia las generaciones futuras*) plantean que la protección del medio ambiente requiere una toma en consideración del futuro en los planos ético, jurídico y político, a lo cual se oponen estos dos obstáculos: uno es la tendencia de la modernidad a pensar los problemas de la justicia en términos «contractualistas», de manera que sólo se reconocen obligaciones entre sujetos aproximadamente iguales y que mantienen entre sí relaciones de reciprocidad; otro es la «miopía temporal» de nuestra era que hace tabla rasa del pasado y es incapaz de proyectarnos en un futuro con sentido. La propuesta de los autores consiste en partir de conceptos como «responsabilidad» y «traspaso de una herencia» y de principios como la «igualdad entre generaciones», en lugar de las nociones de «contrato» y «reciprocidad».*

En el trabajo que abre la sección ***Notas*** *(*Explicar y comprender. En torno a la filosofía del Derecho de Paul Ricoeur*), Giuseppe Zaccaria sitúa en el centro de la obra del pensador francés una «dialéctica sutil» entre explicación y comprensión, en cuanto dimensiones complementarias, y no polos de una relación de exclusión. Pone luego de manifiesto el desplazamiento que se ha producido en el interés filosófico de Ricoeur desde el plano de la teoría del texto, de la acción y de la historia hacia lo jurídico. Y resalta cómo al ocuparse del problema de la aplicación de las normas jurídicas aparece de nuevo la dialéctica en cuestión, ahora bajo la forma de contraposición entre interpretación y argumentación.*

*Javier Sádaba (*Guerra y lógica moral*) se pregunta, a propósito de la intervención armada de la OTAN en la antigua Yugoslavia, qué ha dicho la teoría ética en relación con la guerra. Expone al respecto varios dilemas lógico-morales (doble efecto, conflicto de deberes, estado de necesidad, deberes* prima facie*) que, en su opinión, se pueden reducir a un único esquema de tipo general. Y termina con una crítica moral (y radical) a la actuación de Occidente en ese conflicto.*

*Finalmente, Josep Aguiló (*Nota sobre «Presunciones» de Daniel Mendonca*) presenta un comentario a un artículo de Mendonca publicado en el anterior número de DOXA. Aguiló entiende –en contra de lo sugerido por el autor paraguayo– que para dar cuenta de las presunciones en el Derecho es necesario echar mano de la distinción entre reglas y principios, y*

que las llamadas «presunciones iuris et de iure*» requieren un tratamiento diferenciado respecto de las otras presunciones y, en particular, recurrir a la noción de «norma constitutiva».*

La ***Entrevista*** *que Manuel Atienza hace a Aleksander Peczenik cierra este número de la revista. De las respuestas de este último, quizás merezca la pena destacar las que se refieren al tema de la argumentación jurídica. Peczenik considera que el primer tema de la filosofía jurídica es el razonamiento jurídico y el estatus de la dogmática jurídica; explica la importancia que tiene la idea del razonamiento derrotable en cuanto modelo abstracto de cómo los humanos pensamos de hecho; sostiene que las razones jurídicas son una subclase de las razones morales en el nivel de la justificación última, pero que el razonamiento jurídico alcanza raramente ese nivel de justificación; y considera que su principal contribución a la filosofía del Derecho es el análisis de las analogías y diferencias entre el razonamiento jurídico y el teórico.*

Aleksander Peczenik y Jaap Hage

«CONOCIMIENTO JURÍDICO, ¿SOBRE QUÉ?

DOXA 22 (1999)

CONOCIMIENTO JURÍDICO, ¿SOBRE QUÉ?

Aleksander Peczenik y Jaap Hage
Universidad de Lund

1. Superveniencia del Derecho a partir de los hechos brutos

Una de las cuestiones centrales de la ontología del Derecho es la de si las reglas jurídicas existen de alguna manera. Los participantes en las prácticas jurídicas creen, obviamente, que hay un sistema jurídico y que ciertas reglas pertenecen a ese sistema. Sería, ciertamente, una extraña teoría la que sostuviese que todos estos participantes están equivocados. Y sin embargo la cuestión de si las reglas jurídicas existen es interesante filosóficamente. Algunos filósofos, incluyendo a Axel Hägerström, consideraron tales creencias como falsas. Entre otras cosas el Estado y el Derecho son, de acuerdo con Hägerström, meros productos de la imaginación. Los puntos de vista de Hägerström han sido divulgados entre los juristas suecos por sus discípulos, entre otros Karl Olivecrona.

Una generación después, un profesor de Derecho, Tore Strömberg, elaboró una teoría del Derecho basada en las ideas de Olivecrona, pero incluyendo también ciertas consideraciones que son especialmente interesantes en nuestro contexto. Strömberg señaló que el concepto de orden jurídico sueco, Derecho sueco válido, es convencional. Si tratamos de verificar, por ejemplo, la proposición de que la *Real Property Act* de 1970 es una norma sueca válida, no encontramos en último extremo otro fundamento para esta proposición sino la creencia común de que éste es el caso. Strömberg llamó a esta creencia una convención social [1]. De acuerdo con Strömberg, el contenido de las reglas jurídicas corresponde parcialmente a los hechos, es decir, a acciones humanas y situaciones, y parcialmente no. La parte no real de este contenido consiste en cualidades y competencias jurídicas imaginarias, junto con la idea de validez jurídica [2]. Así, Strömberg pretende que el

[1] Cfr. Strömberg 1980, 39 y sig.

[2] Id. 63 y sig.

concepto «Derecho válido» no se refiere a ninguna cosa existente. La razón es que las reglas jurídicas válidas desaparecerían, si la gente no pensara en las reglas jurídicas.

Asumamos por un momento que Strömberg estaba equivocado y que lo que existe no es sólo el hecho de que la gente cree en el Derecho, sino también el Derecho en sí. El Derecho existe porque esas creencias existen, pero el Derecho no es idéntico a aquellas. El Derecho es superveniente a partir de las creencias, preferencias, acciones, disposiciones y artefactos humanos.

A modo de análisis preliminar sobre el modo de existencia del Derecho queremos destacar que:

- Hay entidades no jurídicas (por ejemplo, creencias, preferencias, acciones, disposiciones y artefactos) a partir de las que el Derecho resulta superveniente.
- Estas entidades tienen ciertas propiedades no-jurídicas a partir de las que las propiedades jurídicas resultan supervenientes.
- Es necesariamente el caso de que, si una entidad tiene una propiedad jurídica L, y es similar a otra entidad en que comparte con ésta las propiedades relevantes no jurídicas, entonces ambas entidades tienen la propiedad L[3].
- Las entidades jurídicas, i.e., el propio Derecho (válido), las reglas jurídicas, los principios jurídicos, los valores jurídicos y las acciones jurídicas, resultan supervenientes a partir de estas entidades no-jurídicas (i.e., creencias, preferencias, acciones, disposiciones y artefactos).
- Es necesariamente el caso de que si una entidad jurídica resulta superveniente a partir de una entidad no-jurídica y esta entidad no-jurídica es similar (relevantemente) a otra entidad no-jurídica, entonces hay también otra entidad jurídica que resulta superveniene a partir de ésta otra entidad no-jurídica. Por ejemplo, si cierto procedimiento cuenta como legislación y este procedimiento es relevantemente similar a otro procedimiento, este otro procedimiento cuenta también como legislación.

En la siguiente sección de este artículo elaboraremos, primero, este análisis preliminar en lo que llamaremos la teoría del Derecho convencionalista-institucionalista (CI). Esta teoría explica cómo cosas inmateriales como las reglas y los principios pueden existir. No obstante, ar-

[3] Esto es análogo al principal presupuesto de la teoría de Caj Strandberg (1999) sobre la supervivencia de las propiedades morales. Cfr. También Kim y Teller 1995. El presente análisis presupone que las entidades existen en el contexto del mismo sistema jurídico.

gumentaremos que esta teoría es sólo un cómodo punto de partida para el desarrollo de una teoría adecuada del Derecho. Una teoría mejor es una teoría de la coherencia, que incorpore la teoría CI como parte de una teoría coherente de todo, incluyendo el Derecho. De acuerdo con la teoría de la coherencia, el Derecho existe como una reconstrucción racional basada, entre otros, en el Derecho de acuerdo con la teoría CI, y la moral personal del sujeto que conduce la reconstrucción. Discutiremos también algunas objeciones obvias contra esta teoría de la coherencia.

2. Una teoría de las convenciones e instituciones jurídicas

1. Consideraciones introducctorias sobre ontología

Una teoría del Derecho como superveniente adolece de la desventaja de que parece introducir un número de entidades con un fundamento ontológico que es menos firme que el de las entidades puramente físicas. Ernest Sosa destaca muy bien los problemas de las teorías de la superveniencia [4].

> «Supongamos un mundo con sólo tres individuos x1, x2, x3. Se sostiene por algunos "meramente discursivistas" [*mereologists*] que tal mundo tiene en él un total de siete cosas, o entidades, u objetos, a saber, x1, x2, x3, x1+x2, x1+x3, x2+x3, x1+x2+x3. Los anti-meramente discursivistas [*antimereologists*], en cambio, prefieren la ontología más austera que reconoce sólo los tres individuos como objetos que realmente existen en ese mundo.»

Análogamente, los anti-meramente discursivistas creen –como Strömberg– que lo que existe son las creencias humanas en el Derecho, no el Derecho en sí mismo. Así, abogan por una teoría de la desaparición o eliminación que rechaza la admisión de la existencia de objetos supervenientes. Los meramente discursivistas, creen, por su parte, que también el Derecho mismo existe, es decir, que resulta superveniente a partir de las creencias en el Derecho. Ambos puntos de vista tienen sus problemas. Como Sosa ha destacado, la teoría de la eliminación implica que «gran parte, sino toda la realidad ordinaria se perderá», mientras que la teoría de la superveniencia puede conducir a una «explosión de realidad» ¿Podemos aceptar la existencia de todas las cosas que a la gente le dé por creer?

Una forma de evitar los problemas es hacer la controversia relativa a la opción por un lenguaje. Siguiendo nuevamenta a Sosa:

> «...la cuestión es una cuestión de opción por un lenguaje. En algunas ocasiones puede ser conveniente usar [el lenguaje anti-meramente discursivista]; ... en otras puede ser conveniente usar [el lenguaje meramente discursivista]».

[4] Sosa 1990, 605-26.

Sin embargo:

> «existencia *relativa* a un esquema conceptual no es equivalente a existencia *en virtud* de tal esquema conceptual... Todos nosotros adquirimos y desarrollamos una visión de las cosas que incluye criterios de existencia y duración para categorías de objetos. Cuando consideramos si un objeto de cierto tipo existe, la especificación del tipo conllevará los criterios relevantes de existencia y duración. Y cuando correctamente reconocemos que un objeto de tal tipo existe, nuestra afirmación es una manera elíptica de decir "... existe en relación con nuestro esquema conceptual"».

Aplicado a la existencia del Derecho, esto se reduce a lo siguiente: Los participantes en prácticas jurídicas usan un lenguaje meramente discursivista, y así posibilitan la existencia del propio Derecho, no sólo la existencia de creencias en el propio Derecho. Este esquema conceptual determina los criterios sobre existencia y duración del Derecho que adquirimos en nuestra práctica social.

¿Es este lenguaje y esta práctica una razón suficiente para concluir que el Derecho existe? En general, la existencia relativa a nuestro esquema conceptual y a las prácticas conectadas con dicho esquema ¿es la única existencia de la que podemos dar cuenta? Sosa mira con simpatía este punto de vista, aunque reconoce el siguiente problema:

> «¿No hay mucho que es muy pequeño, o lejano, o distante en el tiempo, o todavía por venir, que sobrepasa nuestra presente agudeza y perspicacia? ¿Cómo podemos admitir la existencia de tales géneros en el presente irreconocibles por nuestro esquema conceptual?».

Déjesenos afirmar que el Derecho existe de forma relativa a nuestro esquema conceptual, pero no en virtud de él. Por decirlo sencillamente, la forma en la que hablamos sobre el Derecho en la vida ordinaria, y no la forma no menos importante en la que los juristas hablan acerca del Derecho, revela algo acerca de lo que el Derecho es. Por supuesto, podemos elegir otra forma de hablar, y algunos filósofos optaron por una teoría de la eliminación. Pero tienen notorias dificultades para convencer a los demás de que esta forma de hablar es la mejor.

2 La teoría de Lagerspetz sobre las convenciones y las reglas

Habiendo optado por una ontología «rica», que admite la existencia de entidades jurídicas, junto con las entidades «brutas», de las cuales resultan supervenientes, la carga de hacer tal ontología plausible corre de nuestra cuenta. Por razones ilustrativas, vamos a describir sumariamente la teoría de los hechos y reglas convencionales de Eerik Lagerspetz que tiene su punto de partida en las creencias mutuas. Lagerspetz da las siguientes definiciones.

(CM) Es mutuamente creído en una población S que p si
(1) todo el mudo en S cree que p;
(2) todo el mundo en S cree que todo el mundo en S cree que p; y así *ad infnitum*.

(HC) «a es H» expresa un hecho convencional si es una condición necesaria y suficiente para que a sea H que:
(1) es una crencia mutua (de al menos segundo orden) en la población relevante S que a es H, y
(2) en las situaciones de tipo relevante, (1) es al menos en parte una razón para los miembros de S para realizar acciones que tienen significado porque a es H.

(R) R es una regla regulativa en S si
(1) los miembros de S generalmente cumplen con R;
(2) hay una creencia mutua en S de que R es una regla regulativa en S, y
(3) (2) es al menos en parte una razón para (1).

(RD) R es una regla definitoria en S si
(1) los miembos de S generalmente cuentan a como H;
(2) hay una mutua creencia en S de que hay una regla definitoria R en S que define a como H, y
(3) (2) es al menos en parte una razón para (1).

(RR) R es una regla en S si hay una regla definitoria R´que define R como una regla en S.

Lagerspetz explica estas definiciones como sigue:

«(R), (RD) y (RR) son casos especiales de mi descripción de hechos convencionales. Sin embargo, (RR) muestra cómo la existencia de una regla no es necesariamente un hecho convencional. Una regla puede existir porque sea definida como una regla por otra regla. Pero, dado que la cadena producida por la aplicación de (RR) no puede continuar indefinidamente, la últimas reglas que definen otras reglas deben existir convencionalmente. La conjunción de (R), (RD) y (RR) produce las condiciones necesarias y suficientes para que algo sea una regla convencionalmente existente en S...

La clave de la cláusula recursiva (RR) es ésta. Las reglas sociales pueden formar sistemas. Una regla miembro de un sistema de reglas no necesita existir en virtud de la creecia mutua concerniente a su existencia -consideremos algunas de las partes más esotéricas del Derecho que son sólo conocidas por un pequeño círculo de especialistas jurídicos. Es suficiente si una regla pertenece a una cadena o malla de reglas que en último extremo pueden remontar su origen a reglas que existen en la comunidad relevante como hechos convencionales. Para expresarlo en términos más familiares, las reglas existen si son reconocidas por una regla (o reglas) de reconocimiento que es eficaz».

Lagerspetz considera su teoría como una mejora de la bien conocida teoría de Searle de los hechos institucionales. De acuerdo con Searle, las reglas crean los hechos institucionales. Lagerspetz se pregunta:

> «¿Pero qué tipo de hecho es entonces el hecho de que esas reglas existen en las comunidades relevantes?. Obviamente un hecho sobre la existencia de una regla no puede ser un hecho bruto en el sentido de Searle: no es un hecho con la madera del mundo físico, ni están las afirmaciones que lo expresan sujetas a un control perceptual directo. Si la clasificación de Searle pretende ser una clasificación exahustiva, los hechos relativos a las reglas deben ser por sí mismos hechos institucionales. Además, son inherentemente dependientes de la existencia de otras reglas: algo es una regla sólo si hay una regla con el efecto de que ese algo cuenta como una regla. Estamos en un regreso al infinito. Esto debería llamarse el regreso lógico de las reglas»[5].

La solución de Lagerspetz a estos problemas

> «es desarrollar una noción de hecho no-bruto que no sea inherentemente dependiente de las reglas. La idea básica que subyace a la solución es la siguiente: Hay cosas que existen y hechos que se sostienen sólo si los individuos relevantes creen que existen o los sostienen y actúan de acuerdo con éstas creencias».

Estos hechos son creados por las creencias mutuas. En palabras de Lagerspetz:

> «Podemos tener creencias sobre creencias de otras personas, mientras que éstas tienen al mismo tiempo creencias sobre nuestras creencias. Esto da pié al fenómeno llamado creencia mutua o compartida, o conocimiento común o mutuo (la terminología no está bien establecida)».

Pero hay algunos problemas. A veces, si tenemos éxito en convencer a los demás de que cierta regla o un hecho convencional es parte del sistema jurídico, esa regla o ese hecho, de este modo, resulta haber sido parte del sistema jurídico. Este fenómeno es tan crucial como difícil de entender.

Es difícil de entender porque normamente se hace una estricta distinción entre lo que es el caso (los hechos) y lo que es nuestro conocimiento de lo que es el caso (creencias justificadas). Tradicionalmente se asume que los hechos son independientes de nuestras creencias. Podemos tener razones para creer que ciertos hechos se dan, pero que los hechos realmente se den es independiente de estas razones. Por ejemplo, las montañas existen con independencia de nuestras razones para creer en su existencia.

Esta distinción no funciona muy bien para la realidad social. Si todos nosotros creemos que estos pedazos de papel son dinero y que pueden ser intercambiados por bienes, *son* dinero que puede ser intercambiado por bienes. Si todo el mundo cree que Clinton es el Presidente de EEUU y que tiene el poder de vetar Leyes, él es el Presidente y tiene ese poder. Si todo el

[5] Lagerspetz 1999.

mundo cree que jurídicamente está prohibido matar, está jurídicamente prohibido matar.

Esto tiene la consecuencia de que si produzco un argumento convincente (efectivo) en el sentido de que cierta regla es una regla jurídica válida, la regla es *ipso facto* una regla jurídica válida, porque el argumento ha producido la creencia relevante.

Así, no es sorprendente que Lagerspetz exprese una «preocupación ontológica» concerniente a «el problema de la circularidad»:

> «Los hechos convencionales son como los hechos naturales, en el sentido de que no dependen de las creencias o acciones de algún individuo particular. Son diferentes de los hechos naturales en el sentido de que son dependientes de las creencias y acciones de todos los individuos relevantes... Una objeción opuesta al convencionalismo es que éste parece moverse en círculos... Esta teoría es ciertamente circular. La mutua creencia sobre la existencia de un hecho social es una especie de profecía autocumplidora que necesariamente se hace a sí misma verdadera. La única alternativa parece ser que los hechos sociales existen independientemente y antes de las creencias».

Así pues, Lagerspetz asume que los hechos convencionales, tales como el Derecho, son dependientes de las creencias y acciones de todos los individuos relevantes. El Derecho es el Derecho porque todo el mundo está convencido de que es el Derecho. Pero esta referencia a «todo el mundo» es demasiado fuerte. Una regla/principio puede existir incluso si no «todo el mundo» está convencido de que existe. Por ejemplo, si el argumento es presentado por expertos jurídicos dotados de autoridad y convence a la mayoría de la comunidad jurídica relevante, esto hace su conclusión verdadera. Para hacer frente a esta complicación vamos a reelaborar un tanto la teoría de Lagerspetz.

2.3 Hechos convencionales y hechos institucionales

Lagerspetz distingue correctamente dos formas en las cuales una regla puede existir, a saber, sobre la base de una creencia mutua (R y RD) y sobre la base de alguna otra regla (RR). Esta distinción puede ser generalizada en una distinción general entre entidades convencionales y entidades institucionales. Análogamente a las definicines (HC) y (RR) de Lagerspetz, nosotros definimos:

(EC) a es una entidad convencional si es una condición necesaria y suficiente para la existencia de a que:
(1) es una crencia mutua (de al menos segundo orden) en una parte suficientemente extensa de la población relevante S que
a existe, y

(2) en las situaciones de tipo relevante, (1) es al menos en parte una razón para los miembros de S para realizar acciones que tienen significado porque a existe.

Esta definición se desvía de la definición (HC) de Lagerspetz en dos aspectos. Primero, descansa sobre entidades en vez de sobre hechos. Y, segundo, rebaja la exigencia de que algo sea creído por el conjunto de la población S, a la exigencia de que sea creído por una parte suficientemente extensa de la población. Este segundo paso ya explica, hasta cierto punto, por qué algo puede ser convencionalemente el caso si es sólo creído por una parte selecta de la población.

(EI) a es una entidad institucional si es una condición necesaria y suficiente para la existencia de a que:
(1) exista una regla R en S, tal que
(2) las condiciones de R sean satisfechas, y
(3) no hay excepción a R, y
(4) la conclusión de R sea que a existe.

Debe advertirse que las propias reglas pueden ser entidades convencionales o institucionales, de modo que la definición de entidades institucionales es recursiva. De hecho conlleva la recursión que explica el *Stufenbau* en el sistema jurídico como tiene lugar, en diferentes versiones, en la teoría del Derecho kelseniana y hartiana[6].

Las entidades institucionales existen porque son la conclusión de cierta regla que existe en una comunidad. No es estrictamente necesario que su existencia sea creída por los miembros de la comunidad. Sin embargo, hay dos advertencias que hacer a esta observación. Primero, si una entidad es la conclusión de cierta regla existente, pero los miembros de la población no creen en su existencia, su existencia es, sin embargo, algo dudoso. Esto es lo que sucede cuando una disposición ha sido aprobada y nadie reconoce sus contenidos como Derecho válido.

En segundo lugar, una regla que define hechos institucionales puede ella misma referirse a las opiniones de (parte de) la comunidad. En este caso hay una suerte de duplicación entre entidades convencionales e institucionales. Por ejemplo, la definición EC puede ser una regla definicional que existe en la población S. Las entidades que existen de acuerdo con esta regla son entonces tanto entidades convencionales como institucionales. El caso más interesante es el destacado al final de la sección previa, cuando sólo una pequeña parte de la comunidad cree en la existencia de una entidad. En este caso la entidad no existe como una entidad convencional, sino sólo como

[6] Ver también Ruiter 1993, pp. 20 y sig.

entidad institucional. Este es típicamente el caso si las autoridades jurídicas creen en la exitencia de cierta regla o principio jurídico, mientras que la mayor parte de los sujetos jurídicos aún no creen en su existencia. Entonces puede decirse que la regla existe, incluso si su existencia no está aún generalmente reconocida.

3. Dogmática jurídica

Vamos a llamar a la teoría esbozada arriba, de acuerdo con la cual el Derecho consiste en una mezcla de entidades convencionales e institucionales, la teoría del Derecho convecionalista-institucionalista; abreviando, la teoría del Derecho CI. Podemos estar tentados a considerar esta teoría del Derecho CI como el resultado final en la ontología del Derecho. Por desgracia es sólo el principio. La teoría tiene que ser corregida para incorporar la idea de que el Derecho debe ser coherente. Esto compete a la dogmática jurídica (DJ). La DJ *(Rechtswissenschaft, Rechtsdogmatik, science of law,* doctrina jurídica), consiste en escritos jurídicos profesionales cuya misión es la de sistematizar e interpetar el Derecho válido. La DJ ordena el Derecho bajo principios de largo alcance [7]. Su trabajo está casi siempre sustentado en valores. Efectivamente, los juristas hacen una distinción entre una disquisición cognitiva sobre el Derecho tal y como es (*de lege data*), y recomendaciones justificadas para el legislador, *de lege ferenda*. Pero, como todos los estudiosos del Derecho saben, la distinción entre de *lege data* y de *lege ferenda* no está claramente trazada. La DJ es un buen ejemplo de una práctica de argumentación que persigue el conocimiento de el Derecho existente, aunque en muchos casos conduce a un cambio del Derecho [8].

Consideremos el ejemplo siguiente. Durante mucho tiempo hemos sido responsables extracontractualmente en muchos ordenamientos jurídicos por la causación negligente de daños. Sin embargo, un autor del Derecho alemán, J. von Kries, inventó sobre 1880 una doctrina, de acuerdo con la cual uno no es responsable cuando la causación no era «adecuada». Consideremos el siguiente ejemplo: Un cochero negligente se queda dormido, los caballos toman un recorrido equivocado. El coche es alcanzado por un rayo que mata a un pasajero. La negligencia del cochero es una causa de la muerte del pasajero, pero la causa no es adecuada. Sin embargo, podría ser adecuada en otro caso, por ejemplo, cuando la cadena de causación desde que-

[7] Savigny 1840, XXXVI: «Ich setze das Wesen der systematischen Methode in die Erkenntniss und Darstellung des inneres Zusammenhangs oder der Verwandtschaft, wodurch die einzelnen Rechtsbegriffe und Rechtsregeln zu einer grossen Einheit verbunden werden. Solche Verwandtschaften nun sind erstlich oft verborgen, und ihre Entdeckung wird dann unsre Einsicht bereichern».

[8] Peczenik 1995, 312 y sig.

darse dormido hasta la muerte del pasajero no incluye rayos sino, en su lugar, una caída a una cuneta. En el último caso –pero no en el primero– von Kries resalta que estamos ante una causación generalizable. La negligencia del cochero es generalmente apta para ocasionar tal accidente y para incrementar la posibilidad o probabilidad de él. De hecho, von Kries tuvo dos ideas: Primero, que una causa adecuada es generalmente idónea para producir un determinado tipo de daño y, segundo, que una causa adecuada *incrementa relevantemente la probabilidad* de un determinado tipo de daño. Así fué descubierto un principio no escrito del Derecho de responsabilidad extracontractual que estipulaba que tenemos que compensar un daño sólo si éste ha sido un resultado «adecuado» de la acción de la que somos responsables. ¿Pero cuándo es la conexión causal «adecuada»? El concepto de adecuación ha sido extensamente discutido en la investigación jurídica.

Posteriormente, se han desarrollado diferentes doctrinas de la adecuación, entre otras las siguientes: La conexión causal entre una acción y un daño es adecuada si cierta acción de esta clase es apta para causar (o incrementa relevantemente la probabilidad de) un daño de este tipo. La conexión causal entre una acción y un daño es adecuada si, y sólo si, esa acción produce un daño de ese tipo previsible por una persona muy cauta y bien informada (un experto cauto, o un *vir optimus*). La conexión causal entre una acción y un daño es adecuada si, y sólo si, esa acción no es una causa demasiado remota del daño. La conexión causal entre una acción y un daño es adecuada si, y sólo si, esa acción es un factor substancial (importante) en la producción del daño. Hablando en términos generales, la actividad jurídica, consistente en captar una interpretación precisa del concepto de causación adecuada es, hasta cierto punto, similar a una actividad moral consistente en buscar ciertos hechos como razones para la conclusión de que una acción o una persona es moralmente buena.

Un vistazo detenido de la DJ revela que consiste en varios objetivos interrelacionados, tales como

– análisis de casos particulares; trazar el mapa de posibilidades, vg. listar las posibles interpretaciones de una ley;

– sistematización del Derecho bajo principios abstractos proporcionados por doctrinas generales, tales como la anteriormente mencionada doctrina de la causación «adecuada», la de negligencia, la de tentativa, la de *rebus sic stantibus* en Derecho contractual, doctrinas que establecen la finalidad de la pena (amenaza, disuasión, retribución, etc.);

– desarrollo de la jurisprudencia (teoría del Derecho) con consecuencias normativas, vg. doctrinas diversas sobre la interpretación de las leyes; doctrinas sobre el sistema interno del Derecho, etc.; doctrinas sobre las fuentes del Derecho;

– desarrollo de doctrinas filosófico-morales; vg. la filosofía de la justicia que subyace a la doctrina de la causación «adecuada» y, finalmente,

– explicación de posiciones filosóficas básicas que subyacen a la jurisprudencia y la filosofía moral.

Estos diferentes propósitos apuntan a la obtención de una totalidad coherente [10]. El sistema de Derecho que se describe en la DJ debe no sólo ser internamente coherente, sino que también debe estar en armonía con sus fundamentos en la forma de moral y filosofía (política). Como consecuencia, la descripción del Derecho como un todo cohererente debe ser descriptiva, en la medida en la que se trate de los aspectos convencionales e institucionales del Derecho, y evaluativa, en la medida en la medida en que se trata del fundamento del Derecho en la moral y en la filosofía política.

4. Coherencia jurídica

Es posible mencionar un número de exigencias que deben ser satisfechas, al menos hasta cierto punto, por una teoría coherente [11]. Entre estas exigencias están las de consistencia y comprehensividad. Comprehensividad significa que una teoría no puede ser evaluada aisladamente, sino que debe ser considerada en combinación con otras opiniones que se sostienen. Por ejemplo, si creemos que moralmente debemos abstenernos de toda guerra, mientras que al mismo tiempo creemos que jurídicamente tenemos que tomar parte en alguna guerra concreta, nuestro punto de vista es incoherente, al menos si también creemos que tanto la moral como el Derecho determinan lo que debemos hacer, consideradas todas las cosas.

Tal incoherencia puede remediarse desarrollando una teoría sobre lo que debemos hacer en caso de que nuestras opiniones morales y jurídicas colisionen. Una teoría con este propósito puede tomar diversas formas: Podemos cambiar nuestras opiniones morales [12] para lograr que nunca creamos que moralmente debemos de abstenernos de hacer lo que legalmente debemos hacer. Análogamente podemos cambiar nuestras opiniones jurídicas para lograr que nunca creamos que jurídicamente debemos hacer lo que moralmente debemos abstenernos de hacer. Una variante más compleja podría ser incorporar nuestras opiniones morales en el Derecho, posibilitando excepciones a las reglas jurídicas sobre bases morales y adoptar, así, la opinión moral de que no debemos nunca actuar en contra del Derecho así modificado. Obviamente, movimientos semejantes pueden ser tanto posibles

[10] Cf. Peczenik 1998b passim sobre los problemas epistemológicos concernientes a la coherencia en el Derecho.

[11] Alexy y Peczenik 1990 y Peczenick 1997 enumeran ciertos criterios.

[12] Ver Hage y Peczenik «Law, Morality and Defeasibility». En prensa en *Ratio Juris.*

como necesarios para armonizar nuestras opiniones político-filosóficas y nuestras opiniones jurídicas.

El proceso en el que nuestras opiniones son mutuamente adaptadas en un todo coherente puede tener varios puntos de partida. En el caso del Derecho, tales puntos de partida se pueden encontrar en las normas jurídicas, que existen de acuerdo con la teoría CI del Derecho que fué descrita en la sección 2. En el caso de la moral, los puntos de partida pueden encontrarse en nuestras disposiciones (a estar motivados) a actuar. Estas disposiciones deben ser filtradas para excluir las irracionales. Véase la siguiente acotación de Smith:

> «que podemos analizar nuestro concepto de una razón normativa por lo común en términos de imperativo categórico, de forma radicalmente anti-humeana. Decir que tenemos una razón normativa para ø, en ciertas circunstancias C, es decir que nostros mismos deberíamos ø en C si fuésemos completamente racionales. Si hay una razón normativa para una agente para hacer ø en ciertas circunstancias C, entonces hay una razón normativa semejante para todos aquellos que se encuentran en las circunstancias C para ø. Por lo tanto, este análisis ya captura tópicos sobre nuestra objetividad, practicidad, superveniencia, y procedimiento...
>
> Mi sugerencia ... al menos en forma esquemática, es que nuestro hacer ø en circunstancias C es correcto si, y sólo si, desearíamos hacer ø en C si fuésemos completamente racionales, *donde hacer ø en C es un acto del tipo sustantivo apropiado:* esto es, es un acto del tipo identificado por nuestros lugares comunes sustantivos» [13].

Obsérvese, de pasada, que la exclusión de disposiciones irracionales a actuar es una adaptación de nuestras motivaciones a nuestras creencias en la forma requerida por las demandas de coherencia.

¿Qué significa todo esto para el objeto del conocimiento jurídico? La mejor teoría sobre lo que el Derecho es es esa parte de la teoría más coherente de todo que se ocupa de los contenidos y la naturaleza del Derecho. Si la anterior teoría del Derecho CI caracterizada es correcta, la teoría más coherente incluye esta teoría del Derecho. Pero la teoría más coherente debe entonces también armonizar las reglas jurídicas de la teoría CI con la moralidad, con la filosofía política, con las soluciones jurídicas para los casos concretos, y con muchas más cosas. Los esfuerzos de la DJ son parte de este intento comprehensivo de armonización.

Dejando a un lado este aparente atractivo, este punto de vista sobre la mejor teoría del Derecho tiene algunas implicaciones que parecen bastante dudosas. Vamos a discutir dos de ellas, a saber, que los contenidos del Derecho parecen ser relativos a sistemas de moralidad personal, y que, debido

[13] Smith 1994, 182 y 184.

a la complejidad de la construcción de una teoría de todo, es imposible determinar lo que el Derecho es.

5. ¿La relatividad del Derecho?

El Dereho y la moral están estrechamente conectados con el razonamiento práctico. En nuestro «Law, Morality and Defeasibility» y en la sección anterior explotamos esta conexión para argumentar por qué el Derecho y la moral están esencialmente interconectados. Otra implicación de esta conexión es que el Derecho y la moral son relativos a nuestras disposiciones personales a actuar. Para alguien que adopta la perspectiva interna hacia el Derecho, es menos consistente, por no decir otra cosa peor, sostener que debe jurídicamente participar en una guerra y no obstante no estar motivado en absoluto a hacerlo. *A fortiori*, lo mismo sucede respecto de nuestras opiniones morales: si sinceramente creemos que una acción es moralmente correcta, estaremos normalmente motivados a realizar esa acción si se presenta la ocasión.

A esto se le puede dar la vuelta. Si no estamos motivados a actuar en una cierta forma, no creemos sinceramente que ni moral ni legalmente debamos actuar de tal forma. Este giro de la conexión entre la motivación y las creencias jurídicas y morales implica que nuestras creencias morales y jurídicas dependen de nuestra motivación. Puesto que nuestra motivación es una cuestión personal, nuestras creencias morales y jurídicas se transforman también en una cuestión personal. Este puede ser un punto de vista aceptable en lo concerniente a la moral personal, pero muchos desaprobarán la idea de que los contenidos del Derecho dependan de nuestras motivaciones personales. Si esta dependencia existiera, los contenidos del Derecho podrían ser relativizados como dependientes de las opiniones y disposiciones de personas individuales. ¿Es esto objetable o no?

Bueno, es justamente tan aceptable como la opinión de que nuestra moral personal es una cuestión personal, y precisamente por las mismas razones. De hecho, si consideramos nuestra moral personal como parcialmente determinante de los contenidos del Derecho, es sólo una consecuencia natural que el Derecho comparta la subjetividad de la moral personal.

6. Interdependencia y tensión entre el Derecho y la moral

Esta interdependencia del Derecho y la moral personal se refleja en la práctica de la argumentación jurídica. Para argumentar y justificar sus puntos de partida en los casos difíciles, un jurista tiene su interpretación personal del Derecho. Esta interpretación personal es presentada como enunciados acerca del Derecho (existente), aunque refleja la opinión evaluativa del jurista acerca de cuál es la mejor interpretación del Derecho. El enunciado

del jurista acerca del Derecho válido (*de lege data*) no es entonces ni meramente descriptivo ni meramente normativo. Son enunciados «fusionados» en el sentido de Svein Eng [14].

Así, la interpretación personal es algo peculiar, entre proposiciones acerca del Derecho en el sentido de la teoría CI, juicios de valor acerca de la interpretación correcta del Derecho, y genuinos enunciados normativos que expresan el Derecho.

Si la interpretación personal del Derecho está tan perfectamente justificada como resulta posible, el jurista puede justificadamente decir que esta interpretación es el Derecho.

En cualquier caso, muchos pueden experimentar resistencia frente a puntos de vista que hacen el Derecho relativo a las preferencias individuales. Es precisamente uno de los propósitos del Derecho, en contraste con la moral personal, que es el mismo para todo el mundo, e independiente de las preferencias meramente personales. Esta tensión entre, por un lado, la naturaleza intersubjetiva del Derecho como fenómeno social y, por otro lado, la naturaleza personal y subjetiva de nuestra motivación a actuar, es al mismo tiempo uno de los más díficiles y unos de los más fascinantes aspectos del Derecho

Esta tensión es aligerada, aunque no completamente resuelta, por la mutua adaptación del Derecho y la moral. La moralidad tiene en cuenta el contenido del Derecho y viceversa [15]. Nuestro punto de vista personal sobre el Derecho determina qué es lo que se va a hacer con los restos de esta tensión. Si enfatizamos la naturaleza social del Derecho, estaremos dispuestos a considerar ciertas normas como representativas del Derecho, sin estar dispuestos a actuar de acuerdo con él. Si enfatizamos la naturaleza práctica del Derecho, sólo reconoceremos como jurídicas aquellas normas de acuerdo con las cuales estamos dispuestos a actuar [16].

Este punto de vista conduce a una forma de relativismo relativizado. Que el contenido del Derecho dependa entre otras cosas de nuestras preferencias personales y sea por tanto hasta cierto punto relativo, depende de nuestro punto de vista sobre la relación entre la naturaleza social y práctica del Derecho. Quien enfatiza la naturaleza social, estará más inclinado a aceptar como jurídicas normas que son generalmente aceptadas como tales, pero de acuerdo con las cuales no está en ningún caso dispuesto a actuar. Quien enfatiza la naturaleza práctica del Derecho, estará más inclinado a

[14] Eng, Svein, En prensa en *Ratio Juris*.

[15] Este tema está desarrollado en Hage y Peczenik, «Law Morality and Defeasibility».

[16] Recuérdese, sin embargo, que con frecuencia estaremos dispuestos a actuar conforme a las normas *porque* éstas son normas jurídicas.

aceptar normas como jurídicas únicamente si está dispuesto a actuar de acuerdo con ellas. En ambos casos, lo que el Derecho es para alguien depende no sólo de hechos objetivos o intersubjetivos, sino también del criterio que usemos para identificar las normas jurídicas como tales. En éste limitado sentido, el juicio acerca de qué es Derecho es personal.

El paso del juicio jurídico personal al Derecho es análogo al paso en epistemología de lo que está personalmente justificado a lo que está justificado (interpersonalmente). Un individuo da este paso en virtud de su autoconfianza [17]. Mantengo que poseo conocimiento, no sólo creencias. Y mantengo que mi juicio de deber jurídico último expresa el Derecho correcto, mejor interpretado, y no sólo mi opinión jurídica. Sin duda, expreso mi propia opinión, pero pienso que otros deben sostener mis puntos de vista, no moralmente, sino epistémicamente, porque mi punto de vista sobre el Derecho está –creo– de acuerdo con el Derecho como éste es en sí mismo. Este tipo de paso no es necesario lógicamente. Ni siquiera el solipsismo puede ser refutado sobre presupuestos puramente lógicos. Pero el paso es una condición general del conocimiento. Puede ser metafísico, pero es inevitable si no somos solipsistas.

7. Derecho procesal

De acuerdo con la teoría de la coherencia expuesta en la sección 4, la mejor teoría del Derecho es la parte jurídica de la teoría más coherente de todo. En la toma de decisión jurídica, cuando debemos determinar el contenido del Derecho, no podemos hacer nada mejor que proponer la mejor teoría del Derecho. Para propósitos prácticos, el Derecho debe ser identificado con la mejor teoría disponible de éste, incluso si se admite que la mejor teoría es incorrecta. Pero incluso entonces, la conclusión de que la mejor teoría era incorrecta debe basarse en la observación de que ha sido concebida una teoría mejor. No ha lugar a comparar una teoría sobre el Derecho con el Derecho como éste «realmente» es. La condición humana nos confina a teorías, de las que sólo podemos esperar que se correspondan con la realidad.

En conexión con lo anterior son importantes dos observaciones. La primera es que la sustitución de una teoría por otra mejor es a menudo la consecuencia de un nuevo dato que debe ser encajado en una teoría coherente. Una teoría puede también ser mejorada por una mejor fijación de los datos que ya estén disponibles, pero en la mayor parte de los casos los nuevos datos juegan un papel. La mejor teoría de todo es una función del tiempo en el que la teoría se sostiene. Una razón para ello es que el mismo mundo en el que la teoría se sostiene cambia. La otra razón es que nuestro conoci-

[17] Lehrer 1997, 1 y sig.

miento de ese mundo en la forma de percepciones sensoriales se incrementa con el transcurso del tiempo.

La segunda observación es que el ideal de una teoría coherente de todo es inalcanzable. Lo mejor que podemos hacer es construir teorías parciales que son coherentes, y desarrollar esas teorías tomando datos adicionales en consideración. Esos datos adicionales no son necesariamente el resultado de nuevas observaciones, sino que también pueden ser datos que ya estaban disponibles, pero que todavía no habían sido tenidos en cuenta al construir la teoría. Con frecuencia la inclusión de nuevos datos es el resultado de un (auto) criticismo en la forma de objeciones contra la antigua teoría.

Vamos a ilustrar esto por medio de un ejemplo muy sencillo: En t1 la teoría T1 consiste en dos creencias. Una es que los ladrones son punibles, la otra que John es un ladrón. Esta teoría es incoherente, ya que no incluye la creencia de que John es punible. Cuando nos damos cuenta de esto, la consecuencia probablemente será que reemplacemos la teoría incoherente en t2 por la teoría T2 que también incluye la creencia de que John es punible.

Supongamos ahora que quien sostiene esta teoría se percata de que John es un menor. Ya sostiene esta creencia, pero no se sabe por qué no la combina con sus otras creencias. Pero ahora se ha dado cuenta de que John es un menor y de que los menores no son punibles, y que esto es relevante para sus otras creencias. Si estas creencias adicionales son también tenidas en consideración, ahora el conjunto total de creencias incluye que John es un ladrón, que los ladrones son punibles, que John es punible, que John es un menor, que los menores no son punibles y que John no es punible. En suma, el conjunto de creencias resultante es inconsistente y, por lo tanto, no coherente. Obsérvese, de pasada, que el conjunto de creencias T2 no es tampoco coherente, debido a su carencia de comprehensividad.

Si quien tiene estas creencias se da cuenta de que las mismas son inconsistentes, estará motivado a reestablecer la consistencia. Una forma de hacerlo es asumir que hay una excepción a la regla de que los ladrones son punibles en el caso de los menores. Esta asunción lleva a la introducción de una nueva regla en el conjunto de creencias, a saber, la regla de que en el caso de los menores hay una excepción a la regla de que los ladrones son punibles (o a todas las reglas de Derecho penal, por esta razón) [18].

Este ejemplo nos ilustra de cómo un conjunto de creencias puede evolucionar en el tiempo, no sólo añadiendo nuevos datos al conjunto total de

[18] Obsérvese que esta forma de restablecer la consistencia presupone que la consistencia puede ser restablecida por adición al conjunto de creencias. En general, en las teorías de razonamiento derrotable se sostiene que los conjuntos inconsistentes pueden hacerse consistentes añadiendo información, y no sólo eliminándola.

nuestras creencias, sino también tomando más creencias en consideración en el desarrollo de una teoría coherente. Aunque este desarrollo puede tener lugar en las creencias de sólo una persona, con frecuencia el intercambio de argumentos cataliza tal desarrollo. No es necesario para este resultado que el intercambio introduzca nueva información, es suficiente si los argumentos aducidos por una parte fuerzan a la otra parte a actualizar su antigua teoría, teniendo en cuenta las creencias que él ya sostiene, pero que todavía no ha asimilado. Es posible tener un diálogo constructivo en el que todas las partes cambien sus opiniones, sin que se haya introducido ninguna nueva información. Todo lo que se necesita es que las partes se induzcan unas a otras a contemplar la cuestión desde un ángulo diferente.

¿Qué supone esto para el razonamiento jurídico? La mejor teoría del Derecho, la cuestión que interesa para la toma de decisiones jurídicas, es parte de la teoría más coherente de todo. En la práctica, esta teoría más coherente no es alcanzable. Lo mejor que puede lograrse es una aproximación, una teoría consistente que sea tan comprehensiva como sea posible. Los diálogos jurídicos, llevados a cabo mediante los mejores medios disponibles en cada momento, construyen tales teorías parciales coherentes, especialmente porque pueden garantizar que la teoría parcial resultante responda a la cuestión para la que la teoría fue requerida. (Una teoría más comprehensiva, pero todavía incompleta, que no responda las cuestiones en las que estemos interesados, no es muy interesante). Esto es aún más así, si las partes involucradas en el diálogo tienen intereses conflictivos, ya que entonces son mayores la posibilidades de que tanto como sea posible de la información potencialmente relevante sea introducida en el discurso y, como consecuencia, sea asimilada por la teoría parcial que sea el resultado del diálogo.

Si ese diálogo se lleva a cabo bajo circunstancias ideales [19], la teoría parcial resultante es la mejor que se puede tener en la práctica. La teoría del Derecho que es parte de la misma, también es la mejor teoría del Derecho que está disponible en la práctica, y las creencias jurídicas individuales que son parte de la misma son por lo tanto la mejor aproximación posible a la verdad jurídica. Los diálogos de la vida real nunca se llevan a cabo bajo circunstancias ideales y sus desarrollos pueden por lo tanto ser insuficientes para la teoría ideal. En todo caso, pueden constituir la mejor aproximación disponible al ideal, siendo siempre posible que el diálogo se continúe, con el resultado de una reforma de la mejor teoría parcial que está actualmente disponible. En relación con el Derecho, podemos pensar en una apelación de la decisión de un tribunal en primera instancia, o en una discusión en la

[19] Ver Habermas 1973 y Alexy 1978.

literatura jurídica sobre una decisión de un tribunal, o sobre publicaciones recientes [20].

De la misma forma que la mejor teoría disponible del Derecho evoluciona con el tiempo, cambia el conjunto de creencias jurídicas que incorpora. Una creencia que está justificada en un momento dado, porque es parte de la mejor teoría entonces disponible, puede devenir injustificada en un momento posterior, porque ya no es parte de la mejor teoría entonces disponible [21]. Recordemos que para este cambio no es necesario que haya disponible nueva información. Todo lo que hace falta es un cambio en la mejor teoría parcial, sea ese cambio producido simplemente por la eliminación de inconsistencias, por tomar información antigua en cuenta, o por la introducción de nueva información real.

Esta línea de argumentación sostiene puntos de vista que ya están en teorías del Derecho en algún momento de moda, a saber, que las justificaciones jurídicas pueden ser analizadas adecuadamente en términos de procedimientos [22]. Aquí queremos destacar dos aspectos adicionales a estas visiones. Primero, que los diálogos –o de forma más general los procedimientosno son sólo formas adecuadas de evitar el trilema de Münchhausen [23], sino que son componentes naturales de las teorías de la coherencia del Derecho. Y, segundo, que los procedimientos no son sólo formas de obtener conocimiento del Derecho, sino que, en un sentido limitado, contribuyen a conformar lo que el Derecho es. El Derecho es lo que la teoría más coherente de todo dice que es. Los procedimientos argumentativos, aunque medios imperfectos, están concebidos para obtener esta teoría más coherente, Sólo los diálogos bajo circunstancias ideales constituyen el Derecho, mediante la creación de la teoría más comprehensiva del Derecho. Los diálogos reales al menos se aproximan al ideal.

8. ¿Descubrir o crear el Derecho?

Para concluir este artículo vamos a aplicar la teoría sobre la naturaleza del Derecho a una cuestión de la teoría del Derecho que ha levantado una considerable polémica, a saber, si un individuo que toma decisiones jurídicas, o un científico del Derecho que ha aportado un argumento convincente a favor de una proposición jurídica particular que no era generalmente

[20] Una forma de concebir la dogmática jurídica es verla como un procedimiento que intenta alcanzar el diálogo ideal.

[21] Esta relativización de las creencias justificadas que se escenifican en un proceso de argumentación es enfatizada en Verheij 1996.

[22] Puede encontrarse un argumento reciente en este sentido en Loddeer 1998.

[23] Ver Alexy 1978, pág. 223.

creída, ha descubierto el Derecho sobre esta cuestión, o creado nuevo Derecho.

Por ejemplo, considérese un autor, el Dr. Hércules, que lee el Derecho y deriva, en el tiempo t1, la conclusión de que jurídicamente no somos civilmente responsables extracontractualmente de algunos resultados causales de nuestra negligencia. Asumamos que el doctor Hércules trabaja perfectamente y que su razonamiento incorpora su moral personal. ¿Cuál es el carácter de la conclusión? Consideremos dos alternativas

Alternativa 1: El enunciado jurídico derivado es verdadero en relación al Derecho tal como existía ya en el momento t1. Entonces se generan las siguientes cuestiones:

– ¿Puede un razonamiento basado en la moral personal con el fin de sistematizar el Derecho garantizar la verdad de los enunciados acerca del Derecho preexistente?

  ¿Qué significa que la norma –derivada sobre la base de la moral personal y con el fin de sistematizar el Derecho– ya existía en t1?

Alternativa 2: Lo que se deriva es una nueva norma jurídica válida. La norma ha empezado a existir en t1 mediante derivación, no mediante legislación. La DJ cambia (desarrolla, la palabra alemana es *Weiterentwicklung*) el Derecho.

Así, se genera la cuestión de si las normas pueden empezar a existir debido a la derivación, o son un tipo de realidad social que no se puede originar por derivación.

Vamos a empezar nuestra discusión con la alternativa 1 que parece ser la aproximación más cercana a la autocompresión de la DJ del siglo XIX. Si la norma derivada era Derecho válido en t1, Hércules estaba en lo correcto desde el principio. Su argumento, asumimos que era perfecto, conduce a la teoría más coherente del Derecho. Presumiblemente esta teoría incorpora la creencia de que las reglas convencionales y las reglas institucionales son reglas jurídicas válidas. Pero algunas de las reglas convencionales e institucionales pueden haberse abandonado de cara a maximizar la coherencia. Es más, pueden haberse añadido algunas reglas para incrementar la coherencia, por ejemplo, las reglas que establecen excepciones a otras reglas incluidas que entran en conflicto en ciertos casos. (Recordemos el ejemplo del ladrón que también era un menor).

Por lo tanto, de cara a la corrección de las conclusiones de Hércules, no importa si encuentra consenso entre sus colegas de profesión o en la sociedad en general. El único consenso que es constitutivo del Derecho en t1 es el consenso que considera las reglas convencionales e institucionales subyacentes y los principios, etc., que Hércules usaba en t1. Si resulta que los

puntos de vista de Hércules no son aceptados en t2, y la DJ tiene de forma consistente el punto de vista opuesto y las decisiones judiciales están ignorando a Hércules, entonces el Derecho cambió entre t1 (cuando Hércules tenía razón) y t2. En t2 Hércules puede llegar a conclusiones diferentes, por lo tanto, ya que la base de la teoría de la coherencia en las reglas convencionales e institucionales ha cambiado [24].

Las dos cuestiones relativas a esta primera alternativa se contestan como sigue: No es el razonamiento sobre la base de la moral personal lo que garantiza la verdad de los juicios sobre el Derecho preexistente, sino más bien la verdad de las premisas que estaban en el razonamiento. El argumento de Hércules, aún asumiendo que era perfecto, sólo descubre el Derecho preexistente dada la verdad de las premisas de la teoría de la construcción. Que la norma descubierta por el razonamiento de Hércules ya exista significa que esta norma es parte del sistema jurídico descrito por (parte de) la teoría más coherente de todo. El razonamiento de Hércules construyó esta teoría y el Derecho es por definición lo que se corresponde con la parte jurídica de esa teoría [25].

La alternativa 2 puede parecer más atractiva a (ciertos) juristas, por ejemplo, porque está más pegada a la tierra y es menos «metafísica», pero se enfrenta a ciertos problemas. *Ex hypothesi* Hércules ha derivado la teoría del Derecho más coherente y, por lo tanto, la mejor teoría en t1. Pero incluso si la teoría de Hércules es la mejor, de acuerdo con la alternativa 2, la norma derivada no es aún Derecho válido en t1. Inmediatamente después de que se produzca una suerte de consenso, x se convierte en Derecho válido. El Derecho cambia en t2, y sólo entonces podemos decir que x es Derecho válido. No es entonces el caso de que el Derecho cambie directamente como consecuencia de los argumentos de Hércules. Sólo si sus argumentos traen la consecuencia de que la realidad social cambia, por ejemplo, debido a las creencias mutuas de la gente estimando que el Derecho cambia, el Derecho ha cambiado. La conclusión de su argumento puede ser una profecía autocumplidora, pero primero es una profecía y, segundo, no hay garantía de que sea autocumplidora.

---

[24] Otra cosa es, por supuesto, que las creencias en t2, tal como están incorporadas a la teoría más coherente en t2, todavía lleven a los puntos de vista sostenidos por Hércules en t1. En este caso la comunidad jurídica todavía no ha adquirido suficiente poder de razonamiento e imaginación para seguir la correcta línea de argumentación de Hércules. En este caso el punto de vista prevalente sobre el Derecho sería en nuestra opinión incorrecto, con independencia de su apoyo en CI.

[25] Brouwer (1998) discute varias complicaciones relativas a los efectos retrospectivos del «descubrimiento» del Derecho ya existente y perfila la conclusión de que la concepción dworkiniana del Derecho, de acuerdo con la cual los jueces deben descubrir el Derecho, no puede ser siempre correcta.

El atractivo de la alternativa 2 es que está más próxima a la teoría CI del Derecho. Enfatiza la base del Derecho en la realidad social, y éste énfasis se produce a costa de la reconstrucción racional que se lleva a cabo en las teorías de la coherencia. Pero esta versión lleva a una teoría errónea, a saber, que Hércules estaba equivocado en t1. Hércules habló como si hablara sobre lo que ya era Derecho válido, pero en realidad dijo lo que debía ser Derecho válido. Algunos encuentran esta distinción entre lo que es el Derecho válido y lo que debe ser una distinción útil [26], pero es dudoso que una distinción nítida se este tipo se mantenga en la práctica jurídica. En nuestra opinión la práctica jurídica tiene su punto de partida en algo parecido a la teoría CI, pero no se detiene en la misma. La reconstrucción racional realmente desempeña un papel, y es una cuestión de tiempo y lugar qué libertad se toma en la reconstrucción con respecto al Derecho que existe de acuerdo con la teoría CI. (cfr. El pasaje sobre el relativismo relativizado en la sección 6).

Estas diferencias de tiempo y lugar son una suerte de reglas de inferencia que son también parte del Derecho, y que deben ser tenidas en cuenta en la construcción de la teoría más coherente del Derecho. Así, incluso aunque el Derecho esté en un período positivista legalista, la reconstrucción racional juega un papel, pero en estos tiempos la reconstrucción difícilmente se desvía de lo que el Derecho debe ser de acuerdo con la teoría CI. Hoy en día, debido a que los derechos humanos han influido en los contenidos de muchos sistemas jurídicos occidentales, la reconstrucción del Derecho en una teoría coherente lleva a desviaciones mucho mayores. Estas diferencias en la cultura jurídica, sin embargo, no causan la diferencia entre la corrección de una teoría CI y una teoría de la coherencia. La teoría de la coherencia toma estas diferencias en cuenta y lleva a conclusiones diferentes en función de los contenidos del Derecho, de acuerdo con la cultura jurídica del momento. Sólo en tiempos legalistas esto se corresponde con la teoría CI, que es entonces también una buena aproximación al Derecho. Pero incluso entonces es sólo una buena aproximación, pero no una buena teoría.

9. Conclusión ontológica

¿Cuál es entonces el objeto de la mejor teoría del Derecho de acuerdo con la alternativa 1?. La respuesta teóricamente mejor es fácil de dar, pero difícil de especificar: el Derecho es lo que la mejor teoría de todo dice que es. Para ser más específicos debemos formular la teoría más coherente de todo, lo que es claramente pedir demasiado. Debemos no obstante esforzarnos en formular lo que esperamos que sea la mejor aproximación actual-

[26] Ver Hart 1958.

mente disponible. De acuerdo con esta aproximación, el Derecho moralmente vinculante debe ser caracterizado de forma que sea coherente con las siguientes observaciones:

– El Derecho moralmente vinculante está necesariamente conectado con la motivación normativa de acuerdo con el siguiente esquema: Este es el Derecho, entonces debo seguirlo.
– No hay un hilo conductor necesario entre el conocimiento del Derecho como institución (de acuerdo con la teoría CI) y una motivación normativa.
– La deliberación moral racional convierte el conocimiento del Derecho como una institución (de acuerdo con la teoría CI) en el Derecho que es una razón normativa para la acción. Esta conversión no significa que todo el Derecho CI deba ser seguido, sino simplemente que el Derecho CI es un punto de partida en la construcción de una teoría coherente. Otro punto de partida es la idea de que el Derecho debe ser seguido. En combinación con nuestros puntos de vista morales, estos puntos de partida llevan, mediante un proceso de mutua adaptación, a una teoría de lo que jurídicamente debe de hacerse.

Las conclusiones ontológicas son las siguientes:

• El Derecho social moralmente vinculante resulta superveniente a partir de dos cosas conjuntamente: a partir de las instituciones jurídicas y a partir de las obligaciones morales. Lo primero resulta superveniente, a su vez, a partir de las mutuas creencias, lo segundo resulta superveniente a partir de motivaciones y disposiciones de los seres humanos racionales (esto es, que argumentan coherentemente). Permítasenos repetir, de esta forma, que el Derecho correcto (vinculante) resulta superveniente a partir de la motivación moral que es desencadenada por instituciones que resultan supervenientes a partir de las creencias mutuas.
• (La interpretación de) el Derecho personal moralmente vinculante resulta superveniente a partir de dos cosas conjuntamente: Del conocimiento individual de las instituciones jurídicas y de las obligaciones morales. Lo primero resulta superveniente, a su vez, de las creencias mutuas, lo segundo resulta superveniente de motivaciones y disposiciones del individuo, a condición de que sea moralmente sensible y racional. Nuevamente el Derecho correcto (vinculante) personal resulta superveniente de la motivación moral y es desencadenado por instituciones que resultan supervenientes de las creencias mutuas.
• (La interpretación de) el Derecho personal se convierte en Derecho social si no es contestada por otras personas sobre la base de razones superadoras.

Vamos a concluir con consecuencias prácticas. La ontología del Derecho es infinitamente compleja. Para construirla consistentemente debemos reparar en difíciles cuestiones filosóficas. Tales materias no son propias de la práctica diaria de los juristas. Los juristas deben usar una terminología simple. Pero deben ser conscientes de que esa simplicidad, aunque útil, es defectuosa. Nunca sabemos cuando será indispensable un análisis más profundo.

(Trad. de Ángeles Ródenas)

Bibliografía

Aarnio, Aulis. 1987. *The Rational as Reasonable.* Dordrecht/ Boston/ Lancaster/ Tokyo: Reidel.

– and Peczenik, Aleksander. 1995. «"Suum Cuique Tribuere". Some Reflections on Law, Freedom and Justice». 8 *Ratio Iuris* 1995, 142 f.

Alexy, R. and A. Peczenik (1990), «The Concept of Coherence and its Significance for Discursive Rationality», *Ratio Juris,* vol. 3, no. 1bis.

Brouwer, Bob W. (1998). «Rechtsvormende rechter of "bouche du droit"?», *Rechtsfilosofie en Rechtstheorie* 27, vol, 1, pp. 4-9.

Hage, Jaap C. and Peczenik, Aleksander, «Law, Morality and Defeasibility». *Ratio Juris*, en prensa.

Hart, H.L.A. (1958). «Positivism and the Separation of Law and Morals», en H.L.A. Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy,* Clarendon Press, Oxford 1983, p.49-87.

Hart, H. L.A., 1961. *The Concept of Law.* Oxford: Clarendon Press.

Kim, Jaegwon (1994). «Supervenience». Voz de enciclopedia en S. Guttenplan, *A Companion to the Philosophy of Mind*, Blackwell, Oxford 1994, pp. 575-583.

Lagerspetz, Eerik. 1999. *On the Existence of Institutions*. Manuscript.

Lodder A. (1998). *DiaLaw. On Legal Justification and Dialog Games.* Thesis Maastricht.

Mackie, John L. 1977. *Ethics. Inventing Right and Wrong*. Harmondsworth: Penguin.

– 1977b. «The Third Theory of Law», *Phil. & Pub. Affairs* 7.

Peczenik, Aleksander. 1979. *Causes and Damages*. Lund: Juridiska föreningen.

– 1989. *On Law and Reason.* Dordrecht / Boston / London: Kluwer.

– 1995. *Vad är rätt.* Stockholm: Norstedts.

– 1997. «Jumps and Logic in the Law». H. Prakken en G. Sartor (eds.), *Logical Models of Legal Argumentation,* Kluwer 1997, p. 141-174

– 1998. 1) «A Coherence Theory of Juristic Knowledge». 2) «Second Thought on Coherence and Juristic Knowledge». In: Aarnio, Alexy, Peczenik, Rabinowicz and Wolenski, *Coherence Theory of Law.* Lund: Juristförlaget.

– 1999. «Värdenihilismen och den konstruktiva juridiken». *Juridisk Tidsskrift.*

Ruiter, Dick.W.P. (1993). *Institutional Legal Facts. Legal Powers and their Effects.* Kluwer Academic Publishers, Dordrecht e.a.

Savigny, Friedrich Carl. 1840. *System des heutigen römischen Rechts.* Band 1. Berlin.

Smith. Michael. 1994. *The Moral Problem.* Oxford UK & Cambridge USA: Blackwell.

Sosa, Ernest. 1990. «Putnam's Pragmatic Realism», *Journal of Philosophy 90.*

Strandberg, Caj. 1999. *Moral Dependence*. Manuscript.

Strömberg, 1980. *Inledning till den allmänna rättsläran.* 8 ed. Lund: Studentlitteratur.

Teller, P. (1995). «Supervenience». Voz de enciclopedia en J. Kim and E. Sosa, *A Companion to Metaphysics,* Blackwell, Oxford 1995, pp. 484-486.

Verheij, Bart (1996). *Rules, Reasons, Arguments. Formal Studies of Argumentation and Defeat.* Thesis Maastricht University.

Enrique P. Haba

«PRECOMPRENSIONES, RACIONALIDAD Y MÉTODOS, EN LAS RESOLUCIONES JUDICIALES»

DOXA 22 (1999)

PRECOMPRENSIONES, RACIONALIDAD Y MÉTODOS, EN LAS RESOLUCIONES JUDICIALES*

Enrique P. Haba
Universidad de Costa Rica

En ninguna parte nuestros problemas constructivos son solucionados por una respuesta conceptual que meramente se nos «presente» como tal; nunca el finamente concebido instrumento dogmático constituye per se *la garantía de una aplicación «correcta»...*

J. Esser

Como se sabe, o mejor dicho, debiera saberse, quienes no conocen la Historia están condenados a revivirla. Sentencia recordada a menudo, casi siempre con escaso éxito. Una y otra vez tropiezan con la misma piedra (poco más o menos) las sucesivas generaciones de hombres, o hasta una misma persona, en los más variados órdenes de cosas. Esto, que siempre vuelve a ser cierto en cuanto a modalidades básicas de la conducta social, lo es también, en buena medida, respecto al pensamiento filosófico y en general para las teorías sobre aspectos de lo societal. Parece que estamos irremisiblemente destinados a sufrir algo así como un Sino-de-Disco-Rayado, condenados a ser eternamente mordidos por «el mismo perro aunque con distinto collar»... No pocos le hallarán a su saliva, la de precisamente este, un gusto original; hasta llegan a enamorarse de ella, siempre y cuando, eso sí, el pichicho en cuestión sea suficientemente mencionado en la última exposición canina internacional de su raza.

Poco ha de extrañar que cosas por el estilo se presenten igualmente en la Teoría del Derecho. En cuanto a ella, el más flagrante caso de tales tropezones (mejor dicho: re-re- re...tropezones), aunque sólo llamativo por su inusitada difusión, es uno que en la actualidad puebla congresos y revistas de esa materia. La piedra en cuestión se denomina, esta vez, Ronald Dwor-

* Este artículo contiene la traducción al castellano, con leves cambios, de: E.P. HABA, «Pré-compréhension et rationalité dans le travail du juge. A propos de "Vorverständnis und Methodenwahl", de Josef Esser», en *Archives de Philosophie du Droit* t. 20 (1975), p. 385-400. En el # 1, aquí, se incluye una reseña, también de E.P.H., aparecida en el t. XIX (1974) de la misma revista, p. 515-516; los apartados # 2 a 9, aquí, corresponden respectivamente a los numerales 1 a 8 de la parte I de la publicación original y el # 10 a su parte II. Las notas a pie de página (abrev.: n.), las *Notas* (abrev.: N.) insertadas con letra más pequeña en el seno del texto principal mismo de algunos numerales (# 1, 3 y 8), algunos complementos introducidos en el # 10 y también ciertas modificaciones de detalle en otros sitios, se agregan para la presente publicación.

kin. A decir verdad, no conozco, en la historia de dicha Teoría, otro ejemplo tan paradigmático por *eso* mismo: vale decir, cuyo «éxito» académico se deba justamente al hecho de alzar como bandera un abrupto nivel de *des*conocimiento respecto a estudios, de no poca difusión, efectuados desde tiempo atrás aun en ese mismo campo. Por más asombroso que ello resulte para lectores no tan desinformados (o, en todo caso, menos olvidadizos) en cuanto a los principales desarrollos que durante muchos años han tenido lugar en la Filosofía Jurídica y la Metajurisprudencia [1], hoy ha pasado a estar de moda tomarse «en serio» unas discusiones que recaen en niveles de candidez juridicista que podrían dar envidia hasta a la propia *Begriffsjurisprudenz* de principios de siglo. Análogamente a como en la Filosofía del Derecho se produce cada tanto lo que alguien llamó un «eterno retorno» del Derecho Natural, en la Metajurisprudencia de nuestros días asistimos a otro «eterno retorno», el de aquello que uno de los más penetrantes comentaristas de todos los tiempos respecto al pensamiento jurídico llamó, hace muchísimos años, el MITO BÁSICO del derecho (*basic legal myth*):

> «Es necesario abandonar la fabricación de mitos y mentiras paternales: esa historia de Santa Claus de la completa certidumbre jurídica; el cuento de hadas de una marmita de áureo derecho que ya está ahí, y que el buen jurista puede encontrar con sólo ser lo bastante diligente; la fantasía de un sistema estéticamente satisfactorio y armonioso, consistente y uniforme, que brotará cuando hallemos la varita mágica de un principio racionalizador» (Frank) [2].

Hoy tal mito retorna especialmente en el *boom* de lo que alguien ha sabido llamar, con perspicacia poco usual para nuestros días, el «bluff»-Dworkin [3].

---

[1] «...la reflexión crítica sobre la jurisprudencia a la que llamaremos ahora *metajurisprudencia* ha concebido a menudo su propia función como estudio, propuesta y aplicación a la obra del jurista de modelos de otras disciplinas más evolucionadas. La historia de la reflexión *crítica* [énfasis mío, E.P.H.] sobre la jurisprudencia...» [Norberto Bobbio, *Contribución a la Teoría del Derecho* (Edición a cargo de Alfonso Ruiz Miguel), Fernando Torres-Editor, Valencia, 1980, p. 204-205]. Respecto a la discusión acerca de tales «críticas», téngase en cuenta lo señalado en la nota siguiente.

[2] Jerome Frank, *Law and the Modern Mind*, Peter Smith, Gloucester (Mass.), 1970 (reed. de la ed. 1963 publ. por Anchor Books; ed. or. 1930, ed. ampl. 1949), p. 260. Cf. *in toto* dicho libro, una obra absolutamente fuera de lo común, cuya perspicacia (¡y franqueza!) está años luz por encima de la inmensa mayoría de los estudios que actualmente se producen en la Teoría del Derecho.

[3] Desde luego, siempre puede quedar abierta la discusión acerca de lo justificado que sea, o no, recurrir a unos u otros «modelos» de análisis (*supra* n.1). Pero una cosa es estar, o no, de acuerdo con cualquiera de ellos, y otra, muy distinta, pasar por alto –ese es el caso de Dworkin– los términos *básicos* mismos en que se plantea la discusión al respecto: hablar de temas como los que él trata, desconociendo cosas tan fundamentales como lo que al respecto han señalado Ross, Radbruch, Esser, Coing, Bobbio, Scarpelli, etc.. etc. [Que lo de Dworkin constituye ni más ni menos que un «bluff», es algo que vi mencionado en algún sitio; lamentablemente, no puedo recordar dónde lo leí, pero tampoco aparecía indicado allí quién empleó tal calificación, que no puede ser más acertada.]

Ya en otras ocasiones me he referido de paso[4] a dicho fenómeno, propio de cierto mundillo profesoral donde es bienvenida *cualquier* «novedad» si da pretexto para publicaciones. Por más que lo de Dworkin no es ubicable como cosa que responda a alguna originalidad de fondo en el plano de lo teorético-científico mismo, su difusión se explica, no sólo por aquella constante del pensamiento humano que mencioné al principio («mismo perro, pero...»), sino también por sensibles factores de psicología social que mueven al *marketing* académico. Esto último merecería, ciertamente, unos estudios para la sociología del pensamiento de los profesores de Teoría del Derecho. Tales investigaciones resultarían no poco ilustrativas, estoy seguro, pero carezco de la capacidad para emprenderlas, no soy sociólogo. Ahora bien, tampoco voy a perder tiempo, ni hacérselo perder al lector, en desmenuzar ese *bluff* tomándolo como si ahí se tratara de unos puntos de vista verdaderamente novedosos, y de fondo, en el plano *teorético*[5]; entiendo que basta y sobra, para apreciar qué «seriedad» tienen unos planteamientos como los de dicho autor, con las breves (¡pero más que suficientes!) páginas de Guastini a ese respecto[6]. En cambio, tal vez no esté de más, así sea como advertencia para no caer tan fácilmente en tales re(-re-re-re...)-tropiezos, traer aquí a la memoria una obra aparecida ya hace un cuarto de siglo, donde los temas centrales hacia los que tantea Dworkin fueron examinados en un nivel de agudeza y de matizaciones infinitamente superior. Me refiero al libro de J. Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, del cual no hay publicada traducción al castellano.

---

[4] Cf. esp. dos trabajos míos aparecidos en números anteriores de esta misma Revista: «Kirchmann sabía menos... pero vio mejor», *DOXA*-14 (1993), p. 269-317; y «Una discusión: ¿Quiénes son los "irracionalistas" en la Teoría del Derecho», *DOXA*-19 (1996). En un estudio mío reciente para el *Sonderheft* de *Rechtstheorie* sobre Habermas, efectúo algunos comentarios sobre ese anzuelo que tantos paladean en la actualidad: «Zum astronautischen Standort der heutigen Rechtstheorie. Über Rawls, Habermas, Alexy und andere: Gegenwärtige Arten des akademischen Wunschdenkens in einer modernen "heiligen (Rede-)Familie"»; véase allí el # IV. «Nichtwissen als Trumpfkarte (zum Lob der Ignoranz, überhaupt wenn man sie auf Englisch verkündet)».

[5] Si en los desarrollos de Dworkin (tan poco concisos como desordenados) prescindimos de unos matices terminológicos, muy secundarios, y no le damos más importancia de la que tienen a algunas observaciones suyas que, aun siendo aceptables, al fin de cuentas son bastante triviales o inclusive secundarias, entonces resulta que todo, o casi todo, lo que él nos dice había sido advertido ya mucho antes, sólo que en estudios muchísimo más penetrantes y multilaterales: cf. p. ej. los autores señalados en la n. 3, *supra*. En cambio, a un planteamiento como p. ej. el de J. Rawls (*Teoría de la Justicia*), por más estratosférico que sea, al menos no puede negársele que pone sobre el tapete cierto ingenio teorético que es novedoso, sin duda, pues ha conseguido pergeñar toda una iusescolástica propia.

[6] Riccardo Guastini, «Théorie et ontologie du droit chez Dworkin», en *Droit et Société. Revue internationale de théorie du droit et de sociologie juridique*, Nº 2, p. 15-22; Librairie Génerale de Droit et de Jurisprudence, París, 1986.

La edición original de dicha obra es de 1970[7]. El libro fue muy comentado en la Teoría del Derecho de habla alemana, pero no llegó a trascender mayormente en otras áreas lingüísticas (sí se conoció un tanto en España e Italia); que yo sepa, solo existe una traducción al italiano. Ese estudio conserva plena validez como descripción de la variedad de elementos que conforman el razonamiento de los intérpretes autorizados en el derecho. Por cierto, es mucho más ilustrativo y como caracterización general más pertinente además de ser, desde luego, muchísimo menos pedante que la generalidad de los modernos exámenes «constructivistas» respecto al pensamiento jurídico. Por eso me parece oportuno recoger aquí el comentario que al respecto escribí en su oportunidad. Daré sintéticamente cuenta, en relación con dicha obra, de los siguientes puntos principales:

1. Visión general
2. Complejidad del pensamiento dirigido a «encontrar» el derecho (la «Rechtsfindung»)
3. Una racionalidad extra-sistemática: «pre-comprensiones», «consenso razonable»
4. Papel del jurista; la evidencia de la solución «justa» (el resultado «satisfactorio»)
5. La dogmática
6. Relaciones entre sistema (dogmática) y justicia material
7. La norma jurídica como un «modelo de regulación»
8. Carácter «material» de la lógica jurídica (tópica, el «círculo hermenéutico»)
9. Conclusión: carácter «productivo» de lo que hace el juez
10. Comentario

* * *

[7] Josef Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung. Rationalitätsgarantien richterlicher Entscheidungspraxis* (Precomprensión y elección del método en la labor de encontrar el derecho. Garantías de racionalidad en la práctica de la decisión judicial). La versión original fue publicada por el Athenäum Verlag, en la colección Studien und Texte zur Theorie und Methodologie des Rechts, vol. 7, Francfort, 1970, 218 p. Dos años después se reeditó el mismo texto como libro de bolsillo, apenas introduciéndole un pequeño cambio en el subtítulo (el término «Rationalitätsgarantien» aparece sustituido por *Rationalitätsgrundlagen*,vale decir: *Bases*, o *Fundamentos*, de *racionalidad*), hay dos páginas más en la Introducción y unas líneas agregadas al final en la última página: Fisher Taschenbuch Verlag, Francfort, 1972, 224 págs. Citaré por la lª. ed., señalando aquí las páginas respectivas de dicha publicación entre corchetes [ ]; para la edición de bolsillo, las págs. correspondientes se obtienen sumándole tres al número que tiene cada una de aquellas.

1. Visión general

El autor retoma, en ese libro, ideas cuyas bases había adelantado en su obra principal, *Grundsatz und Norm* (1956)[8]. Aquí las desarrolla en forma más abstracta y sistemática, tratando de dar cuenta de la complejidad de factores que se presentan en el tipo de pensamiento que caracteriza a la *Rechtsfindung*: los procedimientos para «encontrar» el derecho, especialmente en la esfera judicial[9]. Con esa finalidad, pone el acento en el papel decisivo que en la elección y manejo de los métodos interpretativos juega la necesidad de obtener un *Konsens* (consenso, asentimiento general) sobre la legitimidad de la sentencia, al cual se arriba en función de una *Vorverständnis* (pre-comprensión) respecto a la plausibilidad social del resultado de la decisión judicial.

Ubicándose en esta perspectiva, inspirada en el pensamiento de Gadamer[10], Esser trata de mostrar que existe una racionalidad específica del pensamiento jurídico: un carácter «razonable» (*Vernünftigkeit*) que se pone en obra por medio de la «tópica». El autor persigue la determinación de los rasgos propios de esa racionalidad a través de la pluralidad de aspectos de la *Rechtsfindung* estudiados en ese libro. Racionalidad que no se agota en las mallas de la sistemática (dogmática) jurídica, pero de la cual, a su juicio, tampoco dan debida cuenta ciertas orientaciones actuales del examen sociológico (cf. la crítica a la teoría sistémica de Luhmann: esp. p. 25 s., 113 s., 141 ss. y cap. IX). El estudio encara desde múltiples ángulos la labor del juez: pone de relieve el grado de racionalidad de las valoraciones mismas presupuestas en la manera de comprender el derecho, la función que tiene la dogmática jurídica y sus relaciones con las exigencias de justicia, la noción de norma jurídica y qué papel discursivo cumplen estas normas, la naturaleza peculiar de la «lógica» de los juristas, etcétera.

El resultado es un libro singularmente rico en observaciones penetrantes sobre el razonamiento judicial, aunque la exposición no está libre de ciertas imperfecciones en cuanto al orden, y también a déficits de precisión

---

[8] Josef Esser, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatsrecht. Rechtsvergleichende Beiträge zur Rechtsquellen- und Interpretationslehre*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tubinga, 1956, xx + 394 p. [tr. E. Valenti Fiol: *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho Privado*, Bosch, Barcelona, 1961.]

[9] *Rechts*(del derecho)-*findung* (labor de hallar, encontrar, o más bien *des*entrañar): tal vez la menos engorrosa traducción al castellano de esta expresión alemana sea «obtención del derecho», y teniendo presente que se refiere sobre todo a las resoluciones de los jueces. Así señalado, más o menos, el alcance de dicho término, arriba se seguirá vertiéndolo en alemán, con la esperanza de que el contexto de la exposición permita aclarar mejor su significado pleno.

[10] Cf. Hans-Georg Gadamer, *Verdad y Método. Fundamentos de una hermenéutica filosófica* (tr. Ana Agud Aparicio y Rafael de Agapito), Sígueme, Salamanca, 1977 [ed. or. al. 1960, 3ª ed. ampl. 1972], 691 p.; v. esp. el cap. 10.3.

en la presentación de las ideas, lo cual hace a veces no muy sencillo de seguir el pensamiento de su autor y deja ciertas dudas sobre su exacto alcance. Señalaré algunas de esas ideas [*infra* # 2 a 9] y al final agregaré unas observaciones por mi cuenta [*infra* # 10].

Nota.

Considero oportuno recoger, a modo de introducción, unos pasajes de otro autor (muy anteriores a la obra comentada) donde se expone en un lenguaje más llano lo que a mi juicio constituye, por lo menos en parte, el núcleo básico de lo enfatizado por Esser (si bien por parte de este aparecen desarrolladas con mayor amplitud y riqueza de matices). Me refiero al conocido libro de Alf Ross, Sobre el derecho y la justicia (tr. Genaro R. Carrió), Eudeba, Buenos Aires, 1963 [or. ingl. 1958], xiv + 375 p.; véase esp. sus # XXVIII y XXIX in limine, de donde provienen los pasajes que recojo aquí. Por lo demás, estos sirven para mostrar, y el propio Esser, seguramente, no vacilaría en reconocerlo, que tales ideas, aunque en Vorvertständnis und Methodenwahl se presentan recurriendo a un fondo filosófico y una terminología muy distintos de los que maneja Ross, están conectados, en cierto modo, a una tradición que no ha dejado de estar presente, aunque siempre minoritaria, en la Teoría del Derecho: escuela del derecho libre, realismos escandinavo (a este pertenece Ross) y usamericano (Frank, Llewellyn, etc.), jurisprudencia sociológica (Pound, Cardozo, etc.), etc. He aquí esos pasajes:

«El juez no es un autómata que en forma mecánica transforma reglas y hechos en decisiones. Es un ser humano que presta cuidadosa atención a su tarea social tomando decisiones que siente como "correctas", de acuerdo con el espíritu de la tradición jurídica y cultural. Su respeto por la ley no es absoluto. La obediencia a ésta no es su único motivo. A sus ojos la ley no es una fórmula mágica, sino una manifestación de los ideales, actitudes, standards o valoraciones que hemos denominado tradición cultural» [p. 133].

«Sólo el contexto y el deseo de hallar un significado "bueno" o "razonable" en relación con una situación dada, determinan el significado de las palabras individuales» [p. 114].

«Si en la mayoría de los casos el juez decide dentro del campo de la interpretación cognoscitiva, ello es signo de que su conciencia jurídica ha considerado posible aprobar la decisión, o en todo caso, no la ha hallado incompatible con lo "justo" o lo socialmente deseable, en un grado tal que hiciera necesario recurrir a algún expediente para liberarse de las ataduras legales» [p. 134].

«... es imposible para el propio juez, así como para los demás, distinguir entre las valoraciones en las que se manifiestan las preferencias personales del juez y las valoraciones atribuidas al legislador... [...] Del mismo modo, toda interpretación jurídica en sentido propio incluye presunciones respecto de los criterios y valores sociales que motivaron al legislador. Si el juez, errónea o acertadamente, identifica sus propias valoraciones con las de aquél, los dos tipos de interpretación se fusionan en su espíritu. [...] La comprensión de la ley por parte del juez dependerá siempre de su comprensión de los motivos y propósitos sociales de aquélla» [p. 135 y 137].

«En consecuencia, tenemos que afirmar claramente que la interpretación no tiene punto de partida lingüístico independiente, sino que desde el comienzo está determinada por consideraciones pragmáticas en la forma de "sentido común". [...] Esta (la interpretación) puede considerar no solo los efectos sociales previsibles, sino también la finura técnica de la interpretación y su concordancia con el sistema jurídico y las ideas culturales sobre las que dicho sistema reposa» [p. l40-141].

2. Complejidad del pensamiento dirigido a «encontrar» el derecho (la «Rechtsfindung»)

Según nuestro autor, no es mediante la presentación de un adoctrinado programa de los métodos ortodoxos como se podrá llegar a una mejor com-

prensión de la labor judicial. La tarea realmente importante a que una doctrina del método se halla enfrentada, es lograr una nueva ordenación de conjunto para aspectos conocidos, junto a otros que solo en parte son reconocidos, o que son desechados. [19]

El examen debe partir de una visión suficientemente amplia del proceso de aplicación del derecho. Suele pensarse que este último es «extraído» de la ley. Pero bien se ve, ante los casos concretos, que los meros textos de las leyes son esencialmente ambiguos, resultan insuficientes. Esta idea la había adelantado el autor en *Grundsatz und Norm* (1956), en los términos siguientes (que él mismo transcribe también ahora):

> «Toda interpretación consiste en una combinación entre *lex scripta e ius non scriptum,* y solo así resultará creada la norma positiva misma» [132, n. 57].

La comprensión de la ley opera a través de una gradación de planos que conduce mucho más allá del texto. Esser subraya la existencia de tres planos. **1)** La norma jurídica no se encuentra en el texto mismo, sino que está, de alguna manera, «detrás» de él; y la «razón fundamental», la *ratio* en función de la cual corresponde interpretar esa norma, a su vez se halla «detrás» de esta. **2)** De influencia decisiva para la determinación del contenido normativo son todas las *infraestructuras dogmáticas* y las *pre*-comprensiones [*infra* # 3] en general; unas y otras sirven originariamente como punto de referencia para el legislador, por un lado; y luego, por el otro, en el momento de la interpretación judicial, determinan asimismo la precomprensión de la finalidad de la norma y su armonización con fines de otras normas. **3)** Y aun, «detrás» de todo lo apuntado, está el conjunto de los postulados implícitos de *justicia*, de los cuales no puede hacerse abstracción sin que la aplicación de la norma se torne injusta; e inclusive, como planeando por encima de todo ello, se encuentra la representación de un *sistema* en el que estos postulados aparecen unificados en una armonía temporal o supratemporal con todos aquellos otros elementos que determinan la comprensión de la norma. [72]

De ahí que el objeto de la comprensión jurídica sea, según los casos, muy variado: puede tratarse de un texto legal, o de un principio que está «detrás» de ese texto, o de un grupo de precedentes judiciales que hacen obligatorio un modelo de reglamentación para casos del mismo tipo. [30]// Además, importa no olvidar, en modo alguno, que para aplicar el derecho es indispensable también un acto de *voluntad* por parte del juez; acto que no se identifica ni con la existencia misma de la norma, ni con el acto de la comprensión propiamente dicha ante esa norma. [73]

En definitiva la labor de obtención de las soluciones jurídicas (*Rechtsfindungsarbeit*) se orienta en función de cuatro categorías, de manejo combinado: los precedentes jurisprudenciales (*Präjudizien*) que logran estable-

cer una tradición suficientemente acreditada (la *bewährte Lehre und Überlieferung*); la dogmática o «lógica jurídica»; el recurso a medios interpretativos correctamente manejados; el carácter de razonable (*Vernünftigkeit*) o materialmente justo que la sentencia debe poder mostrar –justicia anclada a la «vida» (*Lebensgerechtigkeit*), eso sí–. [184]

Frente a esta enmarañada complejidad de los procesos dirigidos a desentrañar el derecho, a «encontrarlo» (*Rechtsfindung*), cabe preguntarse si será aún posible decir que ahí existe «racionalidad». La respuesta de Esser es decididamente afirmativa. Y el objetivo de su libro es ante todo ese: hacer ver la presencia de una racionalidad semejante, describir su funcionamiento y mostrar el lugar que le cabe en la *Rechtsfindung*.

3. Una racionalidad extra-sistemática: «pre-comprensiones», «consenso razonable»

El campo de fuerzas donde por excelencia se plantea la discusión sobre las posibilidades y vías de una racionalización de la *Rechtsfindung*, para que esta no resulte la mera expresión de voluntades y opiniones subjetivas, es la interpretación jurídica. La ley resulta, en muchos respectos, poco clara e incompleta como programación, por lo cual está sujeta a recibir nueva información mediante los procedimientos de aplicación del derecho. Es en la interpretación, como camino hacia la comprensión de normas dadas de antemano pero no mecánicamente aplicables, en donde están puestas las esperanzas de alcanzar clarificación y racionalidad para dicha labor de aplicación. [113]

Nuestro autor se da muy bien cuenta de que el eje de la cuestión reside en la presencia de unos *juicios de valor* que intervienen desde el propio seno de los métodos jurídicos. Para justificar la racionalidad de estos se hace necesario, pues, comenzar por explicar que existe ni más ni menos que una racionalidad en esas valoraciones mismas, las cuales se imponen, desde el comienzo, en un plano pre-dogmático: interviene allí como *pre*-comprensiones.

El razonamiento jurídico, puesto que necesariamente se apoya en un singular complejo de decisiones prejurídicas, no podría constituir un modelo de racionalidad si nos viésemos constreñidos a encarar su propia *ratio* como algo irracional. [159]// Ahora bien, la *ratio* no es algo que corresponda solamente a la sistemática jurídica misma. Esser considera que la argumentación jurídica contiene, de hecho, una racionalidad que es externa con respecto a la que puedan ofrecer los sistemas de la dogmática. Esa racionalidad, *extra*-sistemática, se halla ligada a la existencia de unos valores sociales que están en la base del derecho. El jurista se hace cierta idea de lo que

es «justo» en función de esos valores, ya *antes* de abordar el examen de los textos jurídicos y los casos concretos. En efecto, sobre su pensamiento obra de antemano una base de conocimiento del derecho, cierta *pre*comprensión a partir de la cual el jurista encara la comprensión propiamente dicha de las soluciones jurídicas que corresponden a los textos oficiales. Como ha sido puesto en evidencia por Gadamer, la presencia de una precomprensión es, por lo demás, algo completamente normal, general en los procesos hermenéuticos (no es cosa que sea propia únicamente de la interpretación jurídica), Así, las operaciones intelectuales para la aplicación del derecho constituyen medios para «extraer» del sistema jurídico-positivo determinadas *pre*valoraciones (*Vorbewertungen*), unas valoraciones previas cuyo contenido es de política jurídica. [79]

Nota.-

La idea de *Vorverständnis*, tomada por Esser del libro de Gadamer [*supra* n.10], es clave no sólo para entender esta obra, sino que reviste alcance decisivo hasta dentro del conocimiento científico en general (y más que más, desde luego, en cuanto al no científico). No se trata, pues, de algo que aparezca sólo en el razonamiento jurídico, pero a nosotros nos interesa en especial para tratar de advertir cómo ella interviene justamente ahí. Dicha noción puede ser caracterizada, en rasgos muy generales, más o menos así (para una primera aproximación): «... como "comprensión elemental de la vida" y, después, precisamente como el dominio de las "opiniones imperantes"» [Otto F. Bollnow, *Introducción a la filosofía del conocimiento. La comprensión previa y la experiencia de lo nuevo* (tr. Willy Kemp); Amorrortu, Buenos Aires, 1976 (or. al. 1970), p. 116]. En última instancia se trata, más o menos, de lo que Francis Bacon (*Novum Organum*, I) y luego Durkheim denominaron *prenociones*. He aquí unos pasajes tomados de este último:

"El hombre no puede vivir en medio de las cosas sin forjarse ideas acerca de las mismas, regulando su conducta con arreglo a estas últimas. Sólo que, como estas ideas están más próximas a nosotros y más a nuestro alcance que las realidades a las cuales corresponden, tendemos naturalmente a ponerlas en lugar de estas últimas, y a convertirlas en la sustancia misma de nuestras especulaciones. En lugar de observar las cosas, de describirlas, de compararlas, nos contentamos con cobrar conciencia de nuestras [propias] ideas, analizándolas y combinándolas. [...] En su carácter de productos de la experiencia vulgar, su objeto (el de dichas ideas) es ante todo armonizar nuestros actos con el mundo que nos rodea; están elaborados mediante la práctica y para ella. Ahora bien, una representación puede desempeñar útilmente este papel al mismo tiempo que es teóricamente falsa... Los hombres no han esperado el advenimiento de la ciencia social para forjarse ideas acerca del derecho, la moral, la familia, el Estado y la sociedad misma; pues no podían prescindir de ellas para vivir. [...] La organización de la familia, del contrato, de la represión [sanciones penales], del Estado y de la sociedad aparece así como un mero desarrollo de las ideas que tenemos acerca de la sociedad, el Estado, la justicia, etc.» [Emile Durkheim, *Las reglas del método sociológico* (tr. Aníbal Leal); La Pléyade, Buenos Aires, 1984 (ed. or. fr. 1895), cap. II. p. 40 ss.].

Las precomprensiones llámeseles como se les llame se hallan insertadas, en virtud de los procesos de socialización que cada quien recibe en su medio, y en general por la cultura allí dominante, en la conciencia de cada persona. De tal manera, constituyen precisamente la *base* en función de la cual se *entiende*, espontáneamente, el mundo donde uno vive, sobre todo el de lo social. En el seno de este último, o sea, de unas u otras formas (las aprendidas) de «verlo», está inmersa asimismo la comprensión de textos, sin excluir las formas como procede la

«técnica» jurídica. Aunque esta última se ciñe también, desde luego, a tales o cuales particularidades profesionales, ello no quita que los juristas compartan, en general, las precomprensiones dominantes en su medio. Con base en ellas precisamente, es como entienden los textos del derecho, pues estos se refieren esencialmente a cuestiones de la vida social.

Algo de eso se encuentra ya adelantado, pero sólo hasta cierto punto, en estas palabras de Radbruch: «Con los conceptos jurídicamente relevantes, la conceptualización jurídica se apoya en conceptos precientíficos. Pues materia de la ciencia del derecho no es lo dado informemente, amorfo, sino una realidad preformada mediante conceptos precientíficos o hasta extracientíficos. La ciencia del derecho es en gran parte labor conceptual de segundo grado, que agradece sus nociones a una labor previa que es extra-científicojurídica» [Gustav Radbruch, *Rechtsphilosophie* (7ª ed., Ed. Erik Wolf y con una Intr. biográfica por este), E.F. Koehler, Stuttgart, 1970 (ed. reelaborada por el autor: 1932), p. 219; hay trad. de José Medina Echavarría de la ed. de 1932, *Filosofía del Derecho*, Revista de Derecho Privado, Madrid.]

Por su parte, Esser explicita lo de la *Vorverständnis* en los siguientes pasajes principalmente: # 1 y 4 del cap. III y # 5 del cap. V. Y véase también *infra* # 8.

* * *

De tales precomprensiones (prevaloraciones, etc.) está impregnada por doquier la experiencia jurídica. Los principios mismos de un ordenamiento jurídico no pueden ser aplicados, dada la pluralidad de contenidos valorativos que presentan, si no se recurre como guía a una precomprensión social y a un control en función de exigencias de *política jurídica*. [97]// Mas todo esto no impide, según Esser, que esas prevaloraciones de política jurídica se encuentren sometidas, en definitiva, a vínculos específicos de racionalidad: el hecho de presuponerlos no implica, de ninguna manera, que los métodos jurídicos dejen que la respuesta efectiva del derecho quede simplemente librada al arbitrio del juez.

Ahora bien, lo que nos interesa saber es: ¿dónde está localizado, verdaderamente, tal meollo «racional» de estos procedimientos, el de dichos métodos? Para Esser, las respuestas jurídicas alcanzan racionalidad propia en la medida en que, dentro del marco de las alternativas legalmente dadas, aquellas requieren ser fundamentadas mediante el empleo de medios de convicción dirigidos a lograr un *consenso* (acuerdo general) que versa precisamente sobre lo *razonable* de la solución así presentada. [9] [Téngase presente que Esser emplea en forma más o menos indistinta los términos «racionalidad» (*Rationalität*) y «razonabilidad» (*Vernünftigkeit*).] Esa racionalidad de los motivos de decisión *extra*-sistemáticos se refiere a lo plausible, a la justicia (material) de la solución jurídica hallada; precisamente sobre *esto* se forma el consenso acerca de la «corrección» de tal solución, en contacto permanente con el medio social. [12]// La necesidad de semejante contacto con el medio, hace que los criterios prepositivos de justicia y de racionalidad del derecho carezcan de otro modo de existencia que el que en cada caso les cabe precisamente así, esto es, según los respectivos contextos histórica y socialmente dados. [12, 20-23]

4. Papel del jurista; la evidencia de la solución «justa» (el resultado «satisfactorio»)

Al jurista no le está vedado ¡todo lo contrario! ocuparse de cuestiones de política jurídica. Se halla habilitado, por tanto, a echar una mirada «detrás de los bastidores» de las decisiones que en la materia toma el legislador, para así contribuir al control de ellas en función de postulados de justicia. Empero, que semejante concepto amplio de la interpretación sea realmente utilizable, depende de que se consiga mostrar que la precomprensión por parte del juez está ligada, por vínculos de racionalidad, a postulados de justicia no manipulables[11]. [114]

Sin embargo, esto no quiere decir que el jurista se apodere de lo que es dominio del legislador. Por lo demás, si bien es cierto que «el jurista como tal» no es siempre el legislador competente (Windscheid), tal afirmación tiene sólo sentido en cuanto se refiere a la programación en cuestiones materiales (*Sachfragen*) que deban ser coordinadas de modo planificado más allá de un plano casuístico. [174]// Eso sí, al acto de decisión judicial (corriente) no le compete, sin quedar desnaturalizado, suministrar proyectos para la ordenación de conjunto de los fines y los medios (esto puede competerle a la judicatura constitucional). [198]

De lo que se trata, como se ve, es de no subestimar el papel, racional, que la evidencia de la solución justa cumple al hacerse presente como experiencia de los juristas (*Richtigkeitsevidenz*, *Richtigkeitserlebnis*). Por eso, a Esser le importa tomar sus distancias frente a quienes enfocan ese tipo de evidencia como un simple fenómeno psicológico, de pensamiento decisionista, en el sentido de la Escuela del Derecho Libre[12]. Según nuestro autor, no correspondería decir que ahí estamos en el dominio del pensamiento

---

[11] En sentido similar, dice Gadamer: «En la idea de un ordenamiento jurídico está contenido el que la sentencia del juez no obedezca a arbitrariedades imprevisibles sino a una ponderación justa del conjunto. *Todo el que* [¡¡ !!] haya profundizado en toda la concreción de la situación estará en condiciones de realizar esta ponderación» [*op. cit.* (*supra* n.10), p.402 cursiva puesta por mí, E.P.H.]. «Esser sostiene la racionalidad de una precomprensión que se orienta en búsqueda de un consenso general» [Luis Prieto Sanchís, *Ideología e interpretación jurídica*, Tecnos, Madrid, p. 65]. La tesis de que esos postulados de justicia resulten «no manipulables», puede decirse que «supone la creencia y la defensa de un conocimiento suprainvidual que se forma con el tiempo en el seno de los grupos sociales, un conocimiento que es asumido por el juez y que impide, o al menos cercena, el subjetivismo de la decisión (En opinión de Rescigno ésta es la idea central que preside el libro de J. Esser...)» [Prieto S., *op. cit.*, p. 48]. Empero dicha tesis no es, en realidad, algo que pueda darse por descontado, ni mucho menos [*infra* n.20]. Por el contrario, más bien es *eso* lo que está en discusión: saber *en qué medida*, o en qué tipos de casos sí y en cuáles no, las prevaloraciones que su conciencia le dicta al juez sean suficientemente *intersubjetivas* como para fundar unos verdaderos *métodos*. Véase también *infra* n.14.

[12] Esta es una corriente doctrinaria que tuvo su auge, sobre todo en Alemania y Austria, en los tres primeros decenios de nuestro siglo: Hernann Kantorowicz, Eugen Ehrlich, Ernst

«emocional» o «volitivo», términos que hacen pensar en un irracionalismo de orientación psicologista [18-19]// Cabe entender, más bien, que las «instituciones» y el «espíritu objetivo» supraindividual que se considera encarnado en estas, como asimismo los «valores» en cuanto fenómenos no menos objetivos y supraindividuales, todo ello brinda pautas que permiten superar el subjetivismo. Son pautas que colocan a quienes actúan en la *Rechtsfindung* como agentes encargados simplemente de *reconocer* aquellos datos objetivos. De tal manera es dable alcanzar, también en la esfera judicial, decisiones políticamente responsables. [85]

Planteadas así las cosas, resulta que la racionalidad extrasistemática viene medida en función de que una solución jurídica sea vista como suficientemente «justa» desde el punto de vista social. Para esto, el único indicio verificable es la existencia de un *consenso*. Y la sola premisa indispensable, para tales efectos, consiste en la capacidad de diálogo del interlocutor: que este sea capaz de ser convencido por medio de *razones*, y no (principalmente) por vía de autoridad o sugestión. [25]

Meta de la *Rechtsfindung* es, pues, la obtención de un resultado satisfactorio, *plausible*. Así, la anticipación hipotética a título de ensayo de resultados posibles sirve de guía para el trabajo del jurista. [29, 132]// Es en función de la previsión del resultado (justo) cómo el juez, frente a un caso dado, interpreta la ley y los hechos mismos. En efecto, los conceptos que forman la hipótesis legalmente prevista (*Tatbestand*) requieren de una interpretación que sea «satisfactoria» (*befriedigend*) con vistas al resultado previsto por la ley [38]// Y también la situación de hecho (*Sachverhalt*) es comprobada en función de valoraciones, en mérito a las cuales se juzga que los hechos del caso son verdaderamente «merecedores» de las consecuencias normativas que les serán atribuidas. [19, 41, 50]// Resulta, de tal manera, que la selección misma del método interpretativo se opera sobre la ba-

---

Fuchs, Hermann Isay, etc. Pregonaban que la decisión judicial no depende esencialmente del texto mismo de las leyes, sino que el juez la toma en virtud de otros factores, en lo fundamental. Por otra parte, cabe aclarar que arriba el término «evidencia» se usa de acuerdo con su sentido propio en lengua castellana, no en la derivación que ha recibido en los últimos tiempos al ser corrompido mediante la traducción literal de la palabra «evidence» del inglés, que se usa predominantemente para significar unas pruebas judiciales en materia penal. Lo *evidente*, en sentido propio, es más bien lo que en inglés se llama «self-evident», que a menudo encontramos (mal) traducido por una expresión redundante: «*auto*evidente». La evidencia de que habla Esser corresponde al sentido original de dicha palabra: «Como es sabido, "evidencia" significa lo convincente, lo inteligible en forma inmediata... Un juicio evidente es un juicio claro sin más, que no requiere mayor fundamentación. Si dejamos de lado la posibilidad de una evidencia sensible, es decir, una percepción sensorial evidente, tenemos la evidencia racional, o sea, la intelección inmediata de principios últimos» [Bollnow, *op. cit.* (*supra* # 3.N), p. 19]. La «evidencia de la solución justa» consiste, precisamente, en remitirse a unos «principios últimos» dados por ciertas precomprensiones, en virtud de las cuales se presenta como «evidente» a los ojos de quien parte de ellas que eso es «justo».

se de prever lo aceptable (socialmente) del resultado que ese método esté en condiciones de proporcionar[13] [123, 132, 137, 172]

5. La dogmática

Sin embargo, aun admitiendo toda la importancia que reviste, para elaborar la sentencia, que el juez tenga en vista una justicia material, no quiere decir que sea ese el único factor tomado en cuenta. Pues Esser no niega que a la dogmática jurídica y a la idea de sistema les corresponde una función importante en la *Rechtsfindung*. Por el contrario, entiende que la juridicidad de una conducta y la justicia de una sentencia no emanan de «valores» obtenidos a partir de un acuerdo desarticulado de las opiniones, lo cual no podría aparecer sino como algo simplemente casual desde el punto de vista jurídico. Los puntos de vista del acuerdo deben, antes bien, ser pasibles de un examen racional y hallarse sustentados por el reconocimiento general de la obligatoriedad de unos modelos jurídicos de reglamentación que están dados previamente. [165]// En efecto, el juez no puede «extraer» la solución basándose al mismo tiempo en tipos diferentes de ordenación jurídica, ha de decidirse por alguna de ellas en especial. Por ejemplo: determinada solución no puede fundarla en parte sobre una acción de enriquecimiento ilícito, en parte sobre disposiciones penales, etc.; tiene que decidirse

---

[13] Algo similar ha sido anotado asimismo por otros autores. Así, dice Perelman: «las técnicas de interpretación, justificadas por el recurso a la lógica jurídica, serán para él (juez) una ayuda esencial, en la medida en que le permitan conceptualizar, mediante una argumentación apropiada, lo que le dicta su sentido de la equidad y su sentido del derecho» [Chaïm Perelman, *La lógica jurídica y la nueva retórica* (tr. Luis Diez-Picazo), Monografías Civitas, Madrid, 1979 (or. fr. 1976), p.37]. También Kriele entiende que es el carácter más o menos «satisfactorio» del resultado jurídico que se alcance lo que determina si un texto es considerado claro o si, por el contrario, debe ser «interpretado»; dicho autor hace notar que «la interpretación tiene siempre que tomar en consideración la pregunta: "¿adónde nos lleva esto?"; en otras palabras, que la "univocidad" o lo "incompleto" de una letra es algo que primero debe ser decidido» [Martin Kriele, *Theorie der Rechtsgewinnung, entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation* (Teoría de la obtención del Derecho, desarrollada en relación con el problema de la interpretación constitucional); Duncker & Humblot, Berlín, 1967, p. 214-215). Y véase estas dos citas, clásicas:

«... la *construcción jurídica*.... no consiste sino en la demostración de que sólo la aplicación de determinados conceptos jurídicos nos proporciona las consecuencias jurídicas deseadas, de modo que la construcción es la consecuencia de sus propias consecuencias"

[Germán (Hermann) Kantorowicz, «La lucha por la ciencia del derecho» (tr. Werner Goldschmidt), 1949 (or. al. 1906: publ. bajo el seudónimo: Gnaeus Flavius), en Savigny/Kirchmann/Zitelmann/Kantorowicz, *La Ciencia del Derecho* (p. 323-373), Losada, Buenos Aires, 1949, p. 344].

«La interpretación es, pues, el resultado... de su resultado» (*Die Auslegung ist also das Ergebnis - ihres Ergebnisses*)

[Gustav Radbruch, *Einführung in die Rechtswissenschaft* (Introducción a la ciencia jurídica), ed. reelaborada por Konrad Zweigert, K.F. Koehler, Stuttgart, 1969 (12ª ed.), p. 169].

por aquel sector de disposiciones que le parezca el globalmente más adecuado al caso, inclusive si ciertos aspectos (secundarios) de este puedan acaso encontrar una solución mejor en el marco de otro instituto jurídico. [43]

Lo cierto es que el derecho, en cuanto sistema de organización destinado a poner orden en los conflictos sociales, no puede dejar de trabajar con una dogmática. Por «dogmática», en el sentido más general de la palabra, se entiende el adoptar como punto de partida ciertas autoridades de tipo permanente: ya sean textos o la respectiva manera de entenderlos, ya sean sentencias fundamentales a las cuales se reconoce autoridad propia. Sin fijarse en precomprensiones de concretas situaciones conflictivas, la dogmática establece determinadas concepciones básicas, para dejar a cargo del intérprete la tarea de armonizar luego dichas concepciones con lo que surge de la precomprensión de las situaciones concretas a medida que estas se vayan produciendo. La posibilidad de adoptar una decisión de acuerdo con puntos de vista dogmatizados, y no según puntos de vista de política jurídica a replantear nuevamente ante cada caso, constituye en gran medida la base del sistema jurídico todo. [88-89]

Toda «construcción» jurídica surge, en realidad, a partir de determinada valoración, se presupone la *justicia* de la solución así «construida». [110]// Una dogmática no puede funcionar, al fin de cuentas, sino en mérito a lo «razonable» (*Vernünftigkeit*) de sus contenidos originarios. Esos contenidos no fueron obtenidos simplemente por especulación, sino que se adoptaron porque en el tiempo consiguieron acreditar (empíricamente) su valía, y entonces fueron transformados en un sistema de conceptos. Pero esto no quita que el sistema deba en lo sucesivo ser rellenado y rejuvenecido en función de la experiencia, al ser constantemente sometido a nuevas verificaciones en la labor judicial misma. [88-90]

Esser se remite expresamente, en la Introducción de la edición de bolsillo de *Vorverständnis...* (p. 12, n.4), a un estudio suyo donde subraya todavía más el hecho de que, en realidad, es la apreciación de los intereses que sean merecedores (si así se considera) de protección y no los conceptos fijados por la técnica jurídica –vale decir, la justicia y no la dogmática–, lo que suministra al juez el verdadero hilo conductor para dictar la sentencia:

> «Lo reitero: No es de los conceptos o de institutos jurídicamente fijados, sino del juicio respecto a si los intereses merecen ser protegidos, de donde resulta la decisión sobre qué es aún posible de acuerdo con nuestro derecho, o bien [en cambio] qué cosas sean, como tan a menudo se dice, ajenas a él [p. 110]. [...] En ninguna parte nuestros problemas constructivos son solucionados por una respuesta conceptual que meramente se nos "presente" como tal; nunca el finamente concebido instrumento dogmático constituye *per se* la garantía de una aplicación "correcta"; no es él quien inaugura su propia aplicación correcta, su mejoramiento o sustitución, sino que lo es la presión ejercida sobre la labor de

encontrar el derecho (Rechtsfindung) por aquello que se reconozca como una así llamada "necesidad", para que ahí no llegue a brindársele "piedras en vez de pan" a las partes» [Josef Esser, «Möglichkeiten und Grenzen des dogmatischen Denkens im modernen Zivilrecht» (Posibilidades y límites del pensamiento dogmático en el Derecho Civil moderno), en Archiv für die civilistische Praxis, t. 172 (vol. 52 de la Nueva Serie), p. 97-130, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tubinga, 1972; el pasaje citado es de la p. 110].

La actividad legislativa misma no le proporciona al ordenamiento jurídico su carácter de «sistemático». Es la dogmática quien se ocupa de eso, de fijar las relaciones jurídicas entre valoraciones. [97]// El derecho comprende una estructuración de tipo no legislativo, dada a través de conceptos generales y reglas, que toman autoridad de tradición mediante la doctrina y la *praxis* más recibidas [81]//, eso que en alemán se llama *bewärte Lehre und Überlieferung*. [184 ss.]// Sea como sea, también todas estas instancias constituyen unas «autoridades», por cuanto el intérprete se encuentra sometido a las soluciones que ellas le imponen. De ahí, la necesidad de distinguir entre interpretación *dogmática* e interpretación *libre* del derecho. La primera está sometida a autoridades; la segunda no, esta responde a un interés meramente científico. [120]

La interpretación dogmática remite a factores positivizantes del derecho que acuñan determinado modelo de regulación (*Regelungsmuster*); hay ahí una finalidad normativa que ha sido históricamente objeto de un trabajo de concreción (*Konkretisierung*) positiva. Claro que tal finalidad puede aún admitir, por medios dogmáticos, una generalización mayor, o bien, en cambio, reducciones o alteraciones. De ese proceso de actualización, llevado adelante en la doctrina y en la práctica, se encargan justamente la dogmática y la casuística, por cuanto también estas intervienen como fuerzas constitutivas de lo que es derecho «vigente» (*«geltendes» Recht*). [120]// Los criterios de una judicatura llegan a hacerse partes sustanciales de «las leyes», del mismo modo que los conceptos aportados por la doctrina reconocida; pero su «rectitud» (*Richtigkeit*) actual puede impugnarse de nuevo en cada proceso, ella debe ser objeto de renovada verificación a partir del nuevo caso. [191]

6. Relaciones entre sistema (dogmática) y justicia material

De todas maneras, aunque la dogmática misma se inspira en criterios de valor (social), puede darse cierta tensión entre la fundamentación de una solución desde el punto de vista de aquella y lo que sería la solución más adecuada desde el punto de vista de la justicia material [14]. La tarea del jurista es

[14] Esser menciona, una y otra vez, *la* «justicia» (material), como si, en general, no pudieran caber dudas sobre *cuáles* sean los contenidos mismos de esta. Tal idea estaría de acuerdo, por lo demás, con la tesis señalada más atrás, en la n. 5. Sin embargo, ha sido harto demostra-

tratar de armonizar ambos tipos de exigencias. [190]// El sistema permite sólo un control de tipo interno, es decir, con base en juicios de valor inmanentes a él mismo: lleva a juzgar si una solución es admisible a título de inferencia *intra*-sistemática, permite saber si es legítima como actualización de las valoraciones implícitas en la construcción e inteligibilidad del propio sistema. Empero, para controlar la rectitud de una solución, puede ser necesario acudir además a unas consideraciones *extra*- sistemáticas: a criterios de justicia, los cuales pueden llegar a poner en tela de juicio conclusiones que desde un punto de vista meramente sistemático serían legítimas. [96]

El sistema, por su dogmática, sólo es «autónomo» provisoria y heurísticamente, en cuanto presenta un modelo de ordenación que opera una reducción selectiva de la complejidad (real) de las situaciones por juzgar. Sin embargo, como vimos [*supra* # 4], el jurista está habilitado para remontarse a consideraciones (racionales) de justicia que pueden estar más allá de los límites de dicho modelo. [114]

El hecho de que, llegado el caso, sean relegadas las autoridades dogmáticas, en favor de argumentaciones de «política «jurídica» sobre la justicia material (*Sachgerechtigkeit*), no quiere decir que los postulados de esta última no queden sometidos, también ellos, a control. Dicho «control» se da ante todo en función de la necesidad de presentar argumentos *convincentes* en lo material («tópica»), para establecer la posibilidad de un consenso general. Pero junto a este control desde el punto de vista de la justicia (*Richtigkeitskontrolle*), hay lugar asimismo para un «control de concordancia» (*Stimmigkeitskontrolle*) de la solución con el sistema jurídico positivo, es decir, respecto a la compatibilidad con otras soluciones legislativas y con elementos de la dogmática. [16]

En efecto, la situación conflictiva ha de ser encarada, incluso si se busca una sentencia «justa», como un caso *típico*: el tratamiento normativo de que se haga objeto a aquella tiene que dar lugar a una solución que pueda entenderse como satisfactoria también más allá de lo que significa la decisión singular hallada para ese caso concreto. No se trata, pues, de que el

---

do, en numerosos estudios, que las ideas y las aplicaciones de qué sea lo «justo» son extremadamente variadas y antinómicas, fuera de que ese término, por lo demás, se usa esencialmente en funciones persuasivas del lenguaje: véase el clásico estudio de Chaïm Perelman, *De la justicia* (tr. Ricardo Guerra), Universidad Nacional Autónoma de México/Centro de Estudios Filosóficos (Cuaderno 14), México, 1964 [or. fr. 1945]. Mas esta observación no invalida, por cierto, lo que Esser señala en cuanto al *hecho* mismo de que, efectivamente, el juez se guía también, o sobre todo (en muchos casos), por unas consideraciones acerca de lo que *él* estime «justo». Si se quiere, lo que Esser dice al respecto puede reformularse y no creo que él mismo estuviera en desacuerdo también así: se trata de *una* justicia material, aquella en la que el juez *cree*, y habitualmente esta se halla de acuerdo con ideas ampliamente recibidas en su medio social (prevaloraciones): v. *supra* las líneas finales del # 3.

juez pueda decidir a su arbitrio como en una jurisdicción casuística de equidad voluntarista (*kasuistische Billigkeitswillkür*). La sentencia ha de contener todas las notas esenciales que permitan hacer que ella sea regularmente repetida en casos similares. En síntesis, la sentencia ofrecerá: por un lado, una solución que sea «materialmente justa» inclusive desde un punto de vista *general*; por el otro, debe hallarse también en *armonía* con el conjunto del sistema positivo de las ordenaciones jurídicas. [136, 141]

7. La norma jurídica como un «modelo de regulación»

En mérito de lo señalado, es fácil comprender por qué Esser se ve conducido a manejar una noción muy elástica y multifacética de «norma jurídica». Según él, esta constituye esencialmente una «idea de ordenación», que ahí se presenta en forma de proposición jurídica (*Rechtssatz*) a través de la expresión lingüística dada por un texto. [30]// Las normas suministran un «esquema general de interpretación». Ese esquema ha de ser entendido a la luz de su propio contexto y no como un acto histórico de mandato. Las normas no son proposiciones jurídicas aisladas y arbitrariamente colocadas unas al lado de otras, sino expresión de principios racionales que van inclusive más allá de la medida en que estos sean recogidos en elementos de las formulaciones legales. De ahí que el derecho se presente, en la vida social, como un modelo de regulación o reglamentación (*Regelungsmuster*) cuya naturaleza no es especialmente imperativa. [34-35]

Al intérprete le compete hallar el derecho a través de unos modelos de ordenación, los cuales se hacen comprensibles no como mandatos (*Befehle*) sino como encargo de actualización de una finalidad normativa; finalidad que, aún más, puede encontrarse íntimamente ligada a un sinnúmero de otras relaciones de regulación (*Regelungsbezüge*) actuales. [114]// De ahí que el lenguaje en que se encuentre expresado el modelo de ordenación debe descifrarse en atención a la finalidad de este; la norma no encarna una ordenación «concreta», sino un *fin* de ordenación. [31]// Eso explica por qué, en función del fin y del contexto normativo respectivos, la misma palabra puede requerir, según los casos, diferentes interpretaciones. [46]// Sin embargo, puede también darse la circunstancia de que mediante una definición legal sean fijados los criterios normativos para las notas conceptuales (*Tatbestandsmerkmale*) que componen la fórmula de la ley, en vez de dejar eso librado al discernimiento del intérprete guiado por la finalidad de la norma. [47]

De cualquier manera, es siempre la representación que el intérprete se hace de la finalidad de ordenación lo que le sirve de guía esencial en su búsqueda de las soluciones jurídicas, en persecución de una «completud» (*Vollständigkeit*) que, indudablemente, el texto legal no puede tener. Siem-

pre es a partir de comprender un plan normativo, o sea, porque ello despierta *expectativas* de una regulación jurídica (más integral) fundadas en ese plan, cómo se diagnostican y luego son colmadas las «lagunas»: esto es, por una toma de conciencia de que el «material» de la reglamentación no debería «terminar» aquí, donde parece terminar. [176]

La norma se funda en juicios de valor. Pero como ella no es más que un *modelo* de reglamentación, en su texto no puede quedar fijada de antemano, de una vez por todas, la totalidad de los juicios de valor necesarios para la aplicación del derecho. Por eso se hace necesario recurrir asimismo a conceptos aportados por la doctrina, para alcanzar realmente el fin de la norma jurídica. [56]// La norma sirve para que por medio de su programa sean independizados solo *algunos* elementos axiológicos. De este modo, al ser establecidos esos valores como fines jurídicos, son colocados por encima (*herausgehoben*) tanto de la discusión política como del plano de las apreciaciones personales. Pero esto no quiere decir que únicamente lo establecido en tal programación sea de orden racional, que para todo lo que esté más allá –lo no previsto por ella misma– se abra un campo de libre subjetivismo y criterios arbitrarios acerca de lo «razonable». No es así, porque también estos otros criterios [podríamos llamarlos: extra-programáticos] se encuentran comprendidos en las mallas del *consenso social* (precomprensiones) que brinda legitimidad a la manera como se entiende un ordenamiento de derecho positivo. [129]

En definitiva, la norma no puede ser comprendida si no es en función de aspectos constructivos que la remiten a una infraestructura y a una superestructura. Por un lado, cada norma se integra en un todo ordenativo legal *superestructura*; por el otro, su sentido viene asimismo determinado por elementos lingüísticos y conceptuales preestablecidos, de modo que el intérprete se encuentra, así, con un contenido axiológico acuñado previamente *infraestructura*. [36]

8. Carácter «material» de la lógica jurídica (tópica, el «círculo hermenéutico»)

En virtud de todo lo dicho, resulta claro que el jurista trabaja con un tipo de razonamientos peculiar. En efecto, la lógica jurídica es esencialmente una «lógica material» (*Sachlogik*). Claro que también la lógica clásica desempeña un papel en el derecho, por cuanto ella permite controlar la compatibilidad de enunciados, aun si se trata de predicados de valor (*Wertaussage*). Pero lo que la lógica aristotélica no puede controlar, es si las premisas del silogismo judicial –la menor (calificación individualizada de la situación de hecho) y la mayor (calificación normativa)– han sido correctamente establecidas (*Richtigkeitskontrolle*). Por lo demás, esa lógica tampo-

co permite apreciar si se da la correspondencia analógica entre los conceptos jurídicos de ambas premisas, expresados en el mismo lenguaje-objeto, si no se recurre a un juicio intermedio de valor; y no es sino la comprobación de dicha correspondencia, precisamente así, lo que legitima que se proceda a llevar a cabo la subsunción. [103-104; cf. también cap. III.3, sobre «El silogismo», esp. p. 46 s.]// Lo realmente efectivo es la precomprensión y los actos valorativos [*supra* # 5]; frente a ello, los procedimientos lógico-conceptuales no son más que un vehículo del que aquellos factores, los realmente decisivos, se sirven para volcar su resultado en ciertas formas lingüísticas, de donde este pueda ser luego nuevamente extraído. [77]

Como lo han sabido reconocer la Escuela del Derecho Libre y la Jurisprudencia Sociológica, la lógica jurídica es de naturaleza «material»; porque los juicios que esta maneja resultan *consecuentes* en razón, justamente, de su consistencia *axiológica* (*Wertungsfolgerichtigkeit*). Aunque «material», eso no deja de ser una «lógica», por cuanto sirve del modo más general para establecer una relación razonable entre fines de la ordenación y medios en función de esta. Mas en este dominio no existen, por supuesto, inferencias propiamente «constrictivas» (*zwingende*). [103-107]

El razonamiento jurídico corresponde más bien al tipo de la, así llamada, *tópica*: una argumentación que trabaja con puntos de vista que son simplemente «razonables» (*vernünftig*), se vale de fundamentaciones teleológicas, tiene en cuenta la plausibilidad de los resultados. La enunciación de lo que es correcto (*Richtigkeitsauskunft*) se encuentra ahí referida al consenso: o sea, como señala Aristóteles, a «aquello que parece verdadero a todos o a la mayoría o a los más sabios». [151-154]

En eso afinca la importancia que tiene la «pre-comprensión» en la interpretación jurídica. El meollo de lo llamado así [*supra* # 3. N], tratándose del derecho, reside en la capa formada por aquellos que se encuentran en común concernidos por las normas: capa que ofrece con todos los prejuicios de la época respuestas sobre la verdad de ciertas cuestiones, mediante un tipo de pensamiento que es de naturaleza axiológica (históricamente condicionado), valiéndose de máximas reconocidas como razonables [15]. [115]// La presencia ineludible de semejante precomprensión hace que la comprensión (misma) de la norma jurídica se desarrolle en un *círculo hermenéutico*, dado en la relación entre lo que se le pregunta a la norma y la contestación que de ella se espera. En el derecho, el «círculo hermenéutico» consiste en lo siguiente. La comprensión de un precepto jurídico se desenvuelve en un «círculo» constituido por una relación de influencias recíprocas: un ir-y-venir del pensamiento, entre la interrogación (sobre el caso) que

[15] Téngase presente lo señalado *supra*: n.11 y n. 14.

le es planteada a la norma y la respuesta (solución) que se espera de esa norma. Quiere decir que sin un «pre-juicio» (*Vorurteil*), esto es, una pre-comprensión en cuanto a que hay ahí una necesidad de reglamentación jurídica y la posibilidad de hallar una solución adecuada, el lenguaje de la norma no sería capaz de ofrecer contestación sobre aquello que se le pregunta, cuál es la solución justa. [134]

Nota.-

Se puede decir que toda interpretación se lleva a cabo en una especie de *círculo*. El entendimiento de cualquier parte de una obra se efectúa teniendo de antemano alguna idea, por más vaga que sea, sobre aquello de que esa obra pueda hablarnos. A su vez tal sentido, de conjunto, no existe si no es por y en esas mismas partes. El «círculo» consiste, pues, en que así como las partes no son independientes de, sino que remiten a, el todo; tampoco el todo es independiente de, sino que remite a, sus propias partes.

El todo consiste en las partes, y estas no son lo que son sino en él justamente. Pensar en las partes es presuponer, de alguna manera, un todo que va más allá de cada una de ellas considerada aisladamente; y pensar en el todo es pensar al mismo tiempo, de alguna manera, en unas partes de él. Claro que nada de esto es estático. La idea inicial que yo tengo acerca del todo, al comenzar una lectura, se irá modificando en función de las partes que voy conociendo; y también la comprensión de estas varía de acuerdo con la manera como yo vaya entendiendo más ampliamente, mejor, el todo. De ahí la diferencia, en profundidad de comprensión, entre la primera y la segunda lectura de una obra.

Por lo demás, la referencia a un *todo* es de lo más relativa y también variable. El «todo» que yo maneje puede ser este o aquel. Por ejemplo, si de lo que se trata es de comprender un capítulo: puedo tomar en cuenta el libro entero, o también otros libros de quien lo escribió, o en general el tipo de obras de que se trate, o la época en que fue escrito, o los antecedentes literarios, o la biografía del autor, etcétera.

En síntesis, la noción de *círculo hermenéutico* trata de llamar la atención (fuera de engarzar con ciertas bases filosóficas de las que podemos prescindir aquí) respecto a dos cosas que son fundamentales en todo proceso de comprensión. **a)** La interconexión, dinámica, entre lo que se entiende de cada elemento de un discurso y la idea que uno se hace de este globalmente, o incluso acerca de la relación de dicho discurso con otros discursos o en general con cierto universo de significados. Eso se procesa, en la mente del intérprete, de modo tal que cada parte y el todo considerado constituyen un «círculo», donde aquella lo presupone a este y viceversa. **b)** El hecho de que toda comprensión es encarada mediante ciertas «pre-comprensiones» (prenociones) provenientes de una tradición histórica: conocimientos, prejuicios, etc. Cuando abordamos la comprensión de algo no lo hacemos con la mente como en blanco, sino que hay cosas en que creemos de antemano –saberes que pueden ser auténticos o ficticios, o hasta cierto punto lo uno y en cierta medida lo otro–, y esas cosas [*supra* # 3] las proyectamos automáticamente sobre lo que vamos a interpretar, mientras lo estamos interpretando; con base en tales ideas precisamente, es como tratamos de entenderlo. Pero también es posible –a veces sucede, otras no– que estos puntos de partida sean revisados, en alguna medida, en el curso de este proceso de comprensión, en función de nuevos elementos de juicio que extraemos justamente de la lectura llevada a cabo.

Sobre la recepción de la «hermenéutica» en la Teoría del Derecho contemporánea, a partir de los años sesentas, cf. las acertadas observaciones de Dieter Simon, *La independencia del juez* (tr. Carlos Ximénez-Carrillo; Intr. Miguel A. Aparicio Pérez), Ariel Barcelona, 1985 [or. al. 1975], p. p. 78-80. Este autor señala que se trata, al fin de cuentas, de una manera de retomar aquella «constatación de Radbruch, según la cual la interpretación produce "el resultado de su resultado" [*supra* n.13], [idea que ahora] fue redescubierta por los hermeneutas y consolidada con la ayuda del [concepto de] "círculo hermenéutico" de la hermenéutica filosófica.

[...] En fin, la investigación hermenéutica [a pesar del buen grado de vaguedad que exhiben sus conceptos teoréticos claves y, en general, sus notorias insuficiencias, principalmente el tender a omitir en su perspectiva las dimensiones específicas de orden político-social] ha arrollado a la metodología interpretativa convencional y acto seguido ha preparado el terreno para el planteamiento de la cuestión sobre el origen y significado de los juicios de valor emitidos por el juez». Precisamente de esto último se ocupa el libro de Esser.

Por todo lo que hemos ido viendo, los conceptos jurídicos no tienen valor simplemente declarativo sino sobre todo regulativo, el cual depende en primera línea de la multiplicidad de factores de precomprensión. Y así, puesto que se trata de conceptos fundados -teleológicamente- en criterios axiológicos de variado tipo, aquellos no son hábiles para ser utilizados en un mero lenguaje-objeto [16]. [102]

9. Conclusión: carácter «productivo» de lo que hace el juez

La conclusión más general del libro comentado es, como una y otra vez se desprende de lo que se ha ido señalando, subrayar el papel extraordinariamente activo y amplio que tiene la labor de determinación del derecho a cargo del juez. Por eso, puede decirse que los conceptos jurídicos indeterminados, así como las facultades que en el juez delegan ciertas leyes por medio de cláusulas generales (*generalklauselartige Ermächtigungen*), no ofrecen otra particularidad que la de constituir formas-límites de lo que habitualmente se le encarga a los tribunales de justicia, a saber: que sean *estos mismos* quienes determinen el modo de aplicación de las formulas legales (*Tatbestände*), de una manera que esté de acuerdo con la norma (*normgemäße Regelung*), pero interpretando esta según reconocidos criterios de conducta social –criterios que no son de carácter dogmático, sino ajustados a la vida social misma (*lebensgemäßig*)–. [59]// Cuando se presentan «lagunas» [*supra* # 7], la actividad judicial de colmarlas no constituye, al fin de cuentas, más que la «macrocósmica situación límite» de lo que es la tarea interpretativa en general. [175]

En fin, el juez puede llegar hasta a otorgar sanción jurídica a consensos sobre valores que no están legislados, lo que solo son unos criterios habituales de conducta. En qué medida cabrá esto último, es algo que depende en mucho del propio control de la judicatura. La teoría del método carece de criterios racionales para demostrar la obligatoriedad de estructuras axiológicas preestablecidas que estén más allá de los principios sistemáticos y fundantes del derecho, ya que dicha teoría no puede desconocer la diferen-

[16] Quiere decir que, por ejemplo, las leyes no pueden entenderse ni ser manejadas en función de su propio texto simplemente, sino que se hace necesario referirlas como *objeto* (lenguaje-objeto) a otros elementos discursivos *meta*lenguaje: precomprensiones, criterios valorativos, etc. para aclarar sus alcances.

cia que hay entre las normas dadas en función de principios positivizados y los consensos prejurídicos. [162]

A tal punto resulta «productiva» no simplemente *re-* productiva la labor del juez, en opinión de Esser, que este anota que la sentencia obra no solo en el terreno de la jurisprudencia y la doctrina, sino también mucho *más allá*. En efecto, la decisión judicial llega a repercutir en primera línea también sobre lo que es la materia de ordenación misma (*Ordnungsstoff*), el medio fundamental –por no decir único– en donde la idea «Derecho» se realiza y reproduce de modo renovado: las sentencias no dejan de influir sobre la *conciencia* que, en un medio determinado, haya respecto a lo que allí se considere como solución de derecho (*Rechtsbewußtsein*). [73-74]

10. Comentario crítico

Sumario:

Apreciación global. ¿Del «es» al «debe»? ¿«Racionalidad» de las precomprensiones? Continuación: lo racional y lo no-racional en el derecho. Valor de esa obra como una base, y también como un ejemplo (hoy ignorado), para estudios actuales.

Luego de haber echado nuestra ojeada, hasta aquí, a algunas de las principales ideas del libro considerado, paso a añadir unas observaciones por mi cuenta.

Indudablemente, se logra brindar en él una visión altamente dinámica del complejo tejido de elementos que se dan cita en la interpretación del derecho. Tipo de presentación que, por su multilateral riqueza, no es dable hallar corrientemente en los estudios sobre la materia. Compárese, por ejemplo, con la simplista propaganda gremial que ha hecho circular, en los últimos tiempos, un autor como Dworkin. Las pocas cosas interesantes que, en el plano metodológico, llega a rozar este último, fueron señaladas mucho antes por Esser y en lo sustancial, esto es, sin presentar unos análisis tan detallados como los de este último, hasta habían sido advertidas ya en la primera mitad del siglo por distintos autores. Solo que en estudios como el de Esser y otros, esas cuestiones fueron tratadas con otra «seriedad» que en los sobrevuelos de Dworkin. (Este se contenta con rebautizar una o dos de esas viejas puntualizaciones, y recurrir a unos recorridos de superficie por algunas sentencias, a título de apoyo para beatificar la dogmática jurídica.)

Esser nos ofrece un examen lleno de matices, siempre atento a la superación de respuestas unilaterales o rígidas. Da cuenta de los límites del logicismo, como así también de los que son propios a determinadas formas del tecnicismo jurídico (dogmática). Toma ampliamente en consideración la dimensión social y política de las soluciones de derecho, pero se opone a que la experiencia jurídica sea reducida a unas fórmulas de cierto cientificismo sociologista (cf. la crítica a Luhmann). Pone el acento en la impor-

tancia de las valoraciones, el hecho de que las normas jurídicas no pueden aprehenderse si no es en función de unos valores en que ellas se basan, mas ello no le impide admitir un relativismo social de los fines que el ordenamiento jurídico se fija en cada caso. Subraya, en todo instante, el papel decisivamente activo del pensamiento judicial; pero se esfuerza al máximo por mostrar, igualmente, que este trabajo se encuentra sometido a unos criterios que permitan superar el irracionalismo y lo arbitrario. Etcétera. En todos esos respectos, los análisis presentados son, sin duda, de valía poco común. Mas considero que también caben algunos reparos frente a ellos.

Los esfuerzos de Esser apuntan sobre todo a mostrar que los jueces, aunque se guían por criterios de valoración y cumplen una tarea verdaderamente creadora, no actúan de modo arbitrario. El considera que se hallan sometidos, de todas maneras, a determinados *límites* que tienen su *racionalidad* propia. Y esta, precisamente, es capaz –piensa él– de proporcionar las bases para utilizar debidamente los métodos jurídicos.

Esa afanosa búsqueda en pos de un eje firme de racionalidad que sustente los razonamientos jurídicos, sea ella de uno u otro tipo, caracteriza a la enorme mayoría de los estudios de Teoría del Derecho presentados en los últimos decenios. Aunque hoy todo el mundo está de acuerdo en rechazar la imagen del juez-«autómata», la ilusión de que sea posible someterlo a un «silogismo jurídico» de tipo cuasimatemático, y ni siquiera, en general, a métodos tan estrictos como los usados normalmente en las ciencias de la naturaleza, eso no obsta a que se señalen tales o cuales *modelos* del razonamiento jurídico capaces de no dejarle simplemente las manos libres a los operadores autorizados del derecho. Esos modelos se suelen calificar de «racionales», o «razonables», por cuanto, según se entiende, intervendrían en el pensamiento del juez en forma tal que, al fin y al cabo, resulta que a ellos quedaría *sujeto* –no sería, pues, propiamente libre también el trabajo «creador» que cumplen los tribunales–. Me parece que también el examen de Esser apunta en tal dirección, aunque la sigue con reservas y con matices que autores menos cuidadosos (ya nombré el ejemplo paradigmático de nuestros días) se saltean alegremente. Sin embargo, tampoco él consigue evitar del todo que en su descripción de la labor judicial se deslicen ciertos defectos de conceptualización, o cuando menos se trata de ambigüedades, capaces de llamar a engaño acerca de cómo se da *en la realidad* el pensamiento jurídico profesional. Me explicaré.

* * *

Ante todo, cabe apuntar que a menudo en ese estudio no hallamos clara distinción entre lo que corresponde a una *descripción* propiamente de prácticas judiciales y lo que pueda proponerse como cierto modelo *ideal* para ellas, no se diferencia bien entre el «es» y el «debe». Esser, quien más de

una vez subraya que no pretende ir más allá de un plano relativista en su análisis de los valores jurídicos (pone entre paréntesis la cuestión metafísica del sentido último que ellos puedan tener), parece querer justificar su concepción de la *Rechtsfindung* con argumentos estrictamente realistas. Sin embargo, en otros pasajes no se puede evitar la impresión de que, en el fondo, él está de acuerdo con, y hasta recomienda, las formas judiciales de pensar que nos está describiendo. Se diría que acepta, de buen grado, las cosas del modo como éstas se desenvuelven habitualmente en la práctica jurídica. Las muestra de una manera tal que parece tratarse, ahí, de hacernos tomar conciencia no simplemente de lo que *es* así y da la impresión de que, a su juicio, tampoco puede llegar a ser de otra manera, sino que quiere también decirnos cómo es *deseable* (juicio de valor: debe) que ello tenga lugar.

Si bien él se habría propuesto simplemente librarnos de ciertas maneras engañadoras, unilaterales, de comprender los fenómenos de la interpretación jurídica, empero parece dar por supuesto, asimismo, que la forma como ellos se producen en la realidad no merece mayor crítica. En tal sentido, su análisis entra en contradicción, quiéralo o no, con enfoques como, por ejemplo, el de Kirchmann y, en general, con lo que han sido llamadas las teorías *críticas* del derecho [17]. Sin embargo, esto no aparece claro en los planteamientos de Esser, porque en ellos no se discrimina suficientemente entre tres planos de la reflexión que es aconsejable no confundir entre sí: a) descripción de lo que *es* (prácticas actuales de los jueces), b) pronóstico en cuanto a lo que *puede* o no pueda llegar a presentarse de otras maneras (posibilidades de cambios en esas prácticas), c) *valoraciones* (aprobación o desaprobación de tales prácticas, o de otras que se propongan como alternativa correctivamente).

En su otro libro fundamental, *Principio y norma* [*supra* n. 8], nuestro autor le había reconocido una dimensión esencialmente productiva a la teoría del derecho. Y tampoco en el trabajo aquí comentado faltan alusiones a que las ideas sobre el método jurídico pueden jugar un papel importante. Ahora bien, si las formas de *concebir* el método interpretativo –las cuales, por lo demás, son tan variadas– tienen influencia sobre la realidad misma del derecho, determinando que ésta se produzca de ciertas maneras o de otras, entonces una simple descripción de determinado tipo de prácticas jurídicas no permite concluir que *este* tipo, solamente él, constituye la única

[17] Respecto a esa otra clase de enfoques, véase la sintética presentación que de ellos efectúa: Carlos María Cárcova, *Derecho, política y magistratura*, Biblos, Buenos Aires, 1996 (*vid.* esp. el primer ensayo) y la literatura allí mencionada. Cf. también mi estudio: «Kirchmann sabía menos... ¡pero vio mejor!. Vigencia de un antiguo diagnóstico, más algunas observaciones (que no son simpáticas) sobre la actual Teoría del Derecho», en *Doxa*-14 (1993), p. 269-317, Universidad de Alicante.

manera correcta de enfocar el derecho. Aunque las precomprensiones y el consenso tienen en muchos casos el papel que el autor les reconoce, de ahí no se sigue que eso tenga que ser («sein») *en todos los casos* y siempre así, y mucho menos es forzoso admitir que tal cosa esté *bien* («sollen»). En una palabra: ¿qué nos asegura que la descripción presentada corresponda a unas maneras *necesarias*, y no simplemente a algunas de las formas posibles, de producirse el razonamiento jurídico? Más importante aún: ¿debemos estar satisfechos con tales formas por el simple hecho de que ocurran, o valdría más bien la pena tratar de cambiarlas (y en caso afirmativo, por qué y cómo)?

* * *

Pero podríamos dejar a un lado las observaciones recién apuntadas. Más importante me parece examinar si Esser logra verdaderamente proporcionar unos criterios firmes para hallar *racionalidad* en los procedimientos interpretativos. El ha puesto ciertamente de relieve, con agudeza, la existencia de unas relaciones dialécticas entre exigencias de la dogmática y requerimientos que pertenecen a aspectos de justicia, así como las radiaciones del «círculo hermenéutico» sobre la técnica jurídica. Sin embargo, la pregunta clave es: ¿hasta qué punto las relaciones entre todos esos elementos se encontrarán guiadas aún por lazos de «racionalidad» justamente?

No se trata, claro está, de saber simplemente si el *calificativo* de «racional», o «razonable», pueda ser lingüísticamente aplicable a fenómenos como son las precomprensiones y a la tópica. El verdadero punto consiste en determinar qué quieren decir exactamente, en tal caso, esos dos términos. Son palabras que han tomado un sentido tan amplio y hasta indiscriminado, que es necesario precisar, cuando son empleadas, a qué clase de realidad se entiende hacer específicamente referencia con ellas. Dichas expresiones disfrutan, como se sabe, de un prestigio considerable: hacen pensar en inferencias firmes, vínculos no arbitrarios. Son términos que aluden, pues, a la presencia de conclusiones *necesarias*, o a lo menos *altamente previsibles*, una vez que se encuentran tales o cuales premisas como punto de partida. Por eso los juristas, también ellos, exhiben la tendencia a sostener que las conclusiones jurídicas válidas tienen que ser, por su propia naturaleza, de carácter «racional».

Ahora bien, salvo que se asimile la calidad de «racional» con las valoraciones de tal o cual persona o grupos, o con una idea metafísica, la racionalidad necesita depender de algo más objetivo, más concretamente verificable. De hecho, en eso existen unos y otros *grados*. Puede decirse que el grado de racionalidad de una conclusión resulta del *carácter previsible o de la fuerza de ilación lógica que esa conclusión presente ante los ojos de un círculo de conocedores*. Racionalidad en la interpretación del derecho no

existe, pues, sino bajo la condición de que, frente a un mismo tipo de casos, la generalidad de los juristas estén en condiciones de arribar, por medio del *razonamiento* (no de unos simples hábitos, o de emociones, etc.), a conclusiones similares [18]. La cuestión que se plantea, por tanto, es saber hasta qué punto hay efectivamente unas precomprensiones capaces de asegurar tal racionalidad.

Sin duda, las precomprensiones pueden revestir influencia decisiva en las decisiones judiciales. Es un mérito histórico de ese libro haber llamado la atención sobre la importancia que tiene tomar conciencia de tal elemento para alcanzar un mejor entendimiento sobre cómo se producen, en la práctica, las interpretaciones del derecho. No obstante, en determinada precomprensión pueden fundarse grados muy diversos de racionalidad. Igualmente, hay una amplia variedad de relaciones posibles, de subordinación o de coordinación, entre la sistemática y la justificación por los resultados. Por tanto, no se puede decir (ni, desde luego, cree Esser) que todos los jueces, en todas las materias y en todos los casos, aplican los mismos criterios interpretativos. Dada la existencia de tipos de casos ante los cuales las opiniones de los juristas están divididas, esto testimonia, más bien, una manifiesta *falta* de racionalidad en las discusiones entre ellos. O será que, tal vez, hay clases *diferentes*, y hasta contradictorias, de «racionalidad» jurídica: distintos «juegos de lenguaje» (p. ej. escuelas distintas en la dogmática), a todos los cuales se les adjudica empero ese mismo rótulo, por unos u otros intérpretes.

Sea como sea: ¿qué conclusiones sacar del hecho, indudable, de que topamos con «racionalidades» tan distintas? Podría pensarse que una doctrina del método ha de estar en condiciones de suministrar caminos precisos para solucionar los casos dudosos. Es ahí donde se debería poder poner a prueba los criterios de racionalidad postulados, ver si ellos sirven verdaderamente para arribar a resultados que no dependan de la discrecionalidad del juez. Sin embargo, lo que Esser nos explica no basta para enseñarnos, justamente, a saber cómo seleccionar tales criterios. ¿Cuáles, entre ellos, habría que aceptar o rechazar, y por qué? ¿Qué hacer cuando estamos en presencia de más de un consenso o más de una precomprensión posibles?

---

[18] Sobre la idea de «racionalidad», se puede cf. dos de mis estudios: voz «Rationalité», en *Dictionnaire Encyclopédique de Théorie et Sociologie du Droit*, Librairie Génerale de Droit et de Jurisprudence/Story-Scientia, París-Bruselas, 1988, p. 337-340; y «Racionalidad y método para el derecho: ¿es eso posible?, en *DOXA* Nºs. 7 y 8 (1990), respectivamente p. 169-247 y 241-270, Universidad de Alicante; una versión corregida y algo ampliada apareció en *Revista de Ciencias Jurídicas* Nºs. 66 (mayo-agosto 1990) y 67 (setiembre-diciembre 1990), respectivamente p. 67-134 y 169-244, Universidad de Costa Rica [de esta versión hay también un pequeño tiraje independiente en forma de libro].

¿Cuál sería la ventaja de decir que hay ahí una conclusión «racional», siendo que, llegado el caso, tanto el resultado *A* como *no-A* pueden ser admitidos como «razonables»?

Por otra parte, Esser nos dice que el consenso al que el juez tiende, es «una proyección de su (del juez) propia racionalidad sobre una racionalidad social que no existe pero que debería existir, justamente de la manera en que él [el juez mismo] la entiende de acuerdo con su rol y en virtud de su propia [personal] socialización» [22]. Y agrega, también, que la consideración anticipada del resultado, de acuerdo con la cual se interpreta el texto, no es algo que se produce por medio de un «método» sino en la precomprensión [136]; la cual, a pesar de no ser «metódica» ella misma, constituye un presupuesto para determinar la elección del método interpretativo. En consecuencia, no sería ahí el *método* lo que se encarga de asegurar la racionalidad del conocimiento y de los procedimientos (como se admite habitualmente para las ciencias), sino que esta racionalidad –la de los resultados y la del propio método jurídico– dependería esencialmente de la precomprensión. Pero nuestro autor no nos ofrece pruebas del carácter «razonable» de esta precomprensión, fundada sobre un asentimiento general «que no existe pero debería existir» [19]. Por ende, estamos ante una «racionalidad» que nos es presentada más bien a título de postulado, como un artículo de fe jurídica, simplemente basado en lo que la propia conciencia le susurre a cada juez.

De tal manera, a pesar de los esfuerzos de Esser para no caer en el psicologismo o en posiciones análogas a la Escuela del Derecho Libre, las diferencias no son sensibles, en la práctica. Para esas tendencias, igual que para él, el contenido de la sentencia emerge, en última instancia, de lo que el juez estime como «justo» (materialmente), o sea, de *sus* propias valoraciones; las cuales, naturalmente, coincidirán más o menos con intereses, y en general con valores aceptados en su medio social, ya sea mayoritariamente o en especial con los de tales o cuales sectores en ella, y no con los de otros sectores [*supra* n. 11]. Es verdad que él nos dice que esas decisiones del juez deben, de todas maneras, permanecer encuadradas dentro de los límites establecidos por la dogmática y especialmente por las leyes. Pero no nos ofrece ningún criterio preciso para conocer estos límites, para fijar las líneas y el papel respectivos de la dogmática y de las consideraciones de justicia. Más aún, también el conocimiento de tales límites dependería de una precomprensión, sobre lo que es «justo». En consecuencia, mal

[19] En una conversación personal, cuando le presenté el borrador del artículo de los *Archives* [*supra* n.*], Esser me dijo que él no había pretendido presentar tales «pruebas» en su libro, ni creía que pudieran proporcionarse.

se ve por qué medios estaríamos en condiciones de reconocer los límites (racionales) *concretos* a los que se supone esté sometido el trabajo del juez; y Esser llega a señalar, como vimos [# 9] que aquel puede incluso imponer sanciones sin base legal. Nuestro autor, cuyo subtítulo es «Bases de racionalidad en la práctica de la decisión judicial» (en la 2ª ed.), viene a desembocar así, de hecho, más bien en cierto irracionalismo; cosa que no puede extrañar, si recordamos que su punto de partida se asienta en ideas como las de Gadamer.

Tiene razón Prieto Sanchís cuando señala que la posición de Esser, no menos que la de las distintas variantes que apuestan al pensamiento «razonable» de los juristas, procuran, en definitiva, tenderle una cuerda de salvación al juez para que este pueda, a pesar de todo, seguir *diciendo* que está «atado», de alguna manera, a una normatividad *objetiva* que él se limita(ría) simplemente a seguir[20]. Esto es, ellas permiten legitimar una ideología profesional: la de que no ha sido el propio juez el *responsable de decidir* la interpretación que él sustenta; mientras que, en verdad, ahí es justamente *él* quien elige (prefiere), *opta* (políticamente) por cierta interpretación en vez de otra u otras.

* * *

Lo que pasa, en el fondo, es que tampoco Esser, como tantos otros autores (la inmensa mayoría de quienes escriben estudios sobre la materia), ha podido librarse de caer en un error clave en cuanto al «blanco» de su investigación. Parece haberse embarcado, también él, en la búsqueda de un fundamento *global* para la «Rechtsfindung», orientarse hacia la persecución de un *quid* básico en torno del cual estaría centrada la *totalidad* de los elementos que se presentan en la interpretación jurídica. Hemos visto que ese *quid* se halla constituido, para él, por unas precomprensiones «racionales» (o que, en todo caso, serían aptas para que en ellas se basen métodos racionales). Por esa vía, se ve conducido a postular una racionalidad allí donde esta no existe, o donde justamente es más débil: en las *pre*-comprensiones [*supra* # 3.N]. Y entonces, como contrapartida, tiende a degradar el papel de aquellas fuentes donde la racionalidad puede reivindicar un papel relativamente más firme, aunque no sea todopoderoso: los medios de la dogmática (u otros a los que sería bueno recurrir: ¡interdisciplinariedad!).

De hecho, la interpretación puede consistir en una embrollada mezcla de elementos racionales y no-racionales, cuyas respectivas proporciones cambian en lo que va de un sector a otro del derecho, o hasta de caso a caso. Los resultados jurídicos pueden ser, a menudo, nada más que *parcialmente* ra-

[20] Cf. también las observaciones que trae Prieto S., *op. cit.* [*supra* n.11], p. 64-66.

cionales [21]. El flanco racional resulta, así, a veces más y a veces menos determinante en el pensamiento de los juristas.

Ahora bien, la racionalidad del derecho, en la medida en que ella se dé, resulta del *método* empleado, por más que los factores que influyan en la elección de este sean o no racionales ellos mismos. Y aun la precomprensión no cabe calificarla de «racional», en algún sentido, sino en la medida en que también aquella pudiera ser aunque fuera *a posteriori* objeto de examen por medio de algún método preciso: es decir, un camino preestablecido para conseguir que sea verificada o rechazada la *legitimidad* que, desde el punto de vista de ese método, el pre-juicio en cuestión esté en condiciones de ofrecer. Por tanto, si la precomprensión no es metódica, pero resulta que queremos fundar el método interpretativo nada menos que en ella, caemos en un contrasentido: significa renunciar, de un solo golpe, tanto a una eventual racionalidad de la precomprensión como asimismo a la de cualquier método fundado de esa manera [22].

Se ganaría mucho si, en los estudios sobre interpretación del derecho, se distinguiera cuidadosamente entre dos aspectos del pensamiento jurídico: lo racional y lo no-racional. Sin desconocer, desde luego, la existencia de relaciones, tan íntimas como multilaterales, entre esos dos órdenes de cosas, sería aclarador señalar *diferenciadamente* sus respectivos papeles propios. Es bueno acostumbrarse a describirlos cada uno por su lado, por lo menos en un primer momento; y no perder de vista que sus esferas pueden, a su turno, tener cada una de ellas alcances más o menos amplios, según las ramas y los casos. La presentación de tipologías «regionales» acerca de unas maneras racionales, y aun de las irracionales, en que tiene lugar el conocimiento del derecho, constituiría tal vez la aproximación más realista en este dominio.

La Metodología del Derecho, por su parte, está llamada a ofrecer unas visiones más generales al respecto; pero también estas pueden ¡debieran! ser realistas, solo que lo son en un nivel más globalmente abarcante que el de cada una de dichas tipologías. Es en ese nivel donde se ubica el libro co-

---

[21] Nunca me cansaré de hacer recordar la insuperable caracterización proporcionada por Radbruch: «una mezcolanza indisoluble de elementos teóricos y prácticos, cognitivos y creativos, reproductivos y productivos, científicos y supracientíficos, objetivos y subjetivos» [*op. cit.* (# 3.N *in fine*), cap. 15 *in limine*, p. 211].

[22] Esta conclusión debería, empero, ser algo más matizada, si se tiene en cuenta que la llamada racionalidad *instrumental*, esto es, la de los medios con arreglo a unos fines (Max Weber), se caracteriza precisamente porque ahí lo «racional» no son sino los *medios*, por su coherencia y empiricidad, pudiendo ellos estar al servicio de *cualesquiera* fines. Desde ese punto de vista, la falta de racionalidad de las precomprensiones, si estas se toman simplemente como fines, no impediría que, acaso, sean racionales unos medios destinados a realizar lo que ellas pidan. Mas lo dudoso es, justamente, que los métodos jurídicos sean racionales ni siquiera en tal sentido.

mentado. Y por cierto que, más allá de los reparos (al fin de cuentas, no son sino secundarios) señalados por mí, se trata de un análisis inusitadamente iluminador sobre esta temática.

Cuando escribí la reseña cuya traducción he presentado aquí, la cerré con estas palabras: «... uno de los estudios más esclarecedores sobre el tema. Nuevas investigaciones se harán, seguramente, eco de él». Hoy, veinticinco años después, veo que mi pronóstico resultó errado. Si bien el trabajo de Esser fue muy comentado en el área de los estudios en lengua alemana, ha quedado prácticamente sin continuadores. Lo que es peor, las líneas de estudio que predominan en la actual Teoría del Derecho prefieren plantearse otras cuestiones respecto al razonamiento jurídico, tanto más pedantes –variadas especies de «constructivismos»– cuanto menos realistas. Por eso pienso que el examen efectuado ahí por Esser, a pesar de ciertas insuficiencias en que ciertamente incurre, está muy lejos de haber perdido interés. ¡Al contrario, debería ser leído y releído, hoy más que nunca!

Por desdicha, obras como esas son poco tenidas en cuenta actualmente, ni siquiera «corren» entre los especialistas en Teoría del Derecho. Claro, no estamos ante un escritor de aquellos que, mediante alguna reformulación de trivialidades bienvenida para la propaganda gremial (Dworkin), o por las infinitas discusiones en que permiten solazarse los fuegos de artificio que desprende el más huero ensamblaje de pedanterías (Rawls), son aptos para gozar de las bendiciones que brinda el comercio académico dedicado a trotar al compás del Adónde-vas-Vicente de tranco anglosajón. Caminatas bendecidas por aquellos que, y no son pocos, también en otros idiomas les encanta hacer olas con cualquier «novedad» agitada en aquel mercado. He ahí una de las razones –no digo que sea la única– de por qué hoy pueden alcanzar celebridad teorizaciones tan superficiales como la presentada por el primero de esos dos autores: alguien que, en el mejor de los casos, podría pasar como alumno poco aventajado de quienes, como Esser, habían hecho conocer la pólvora (pero sin adulteraciones) hace ya tantos años. Pensadores acerca del derecho que ostenten no menos el sentido realista que la agudeza de un Esser, difícilmente hallarán mucho eco en nuestros días, si es que pueda quedar aún lugar para la supervivencia de tal especie. Hace tiempo que enfoques de esa naturaleza han sido desplazados del centro de atención en las discusiones de la moderna Teoría del Derecho. Pero razón de más para que les sigan prestando cuidado, hoy más que nunca, quienes no sientan la obligación de prenderse (y prendarse) del último autor que llegue a estar de moda.

Fernando Atria

«DEL DERECHO Y EL RAZONAMIENTO JURÍDICO»

DOXA 22 (1999)

DEL DERECHO Y EL RAZONAMIENTO JURÍDICO

Fernando Atria*
Universidad de Talca (Chile)

No es raro ver en algunos grandes espíritus dos concepciones distintas y hasta incompatibles confundirse debido a la imprecisión inevitable del lenguaje; absorbidos por la elaboración de nuevas ideas, les falta tiempo para examinar críticamente las que han descubierto.

Simone Weil, *Opresión y Libertad* (1934)

Cuando H. L. A. Hart publicó *El Concepto de Derecho*, el razonamiento jurídico no estaba en la agenda filosófica. Es por eso que, como él mismo reconocería más tarde, en ese libro había «dicho muy poco sobre el problema [...] del razonamiento jurídico» (1994: 259). Las cosas cambiaron, sin embargo, poco después, y ese aspecto del libro de Hart fue pronto criticado. Para esos críticos (el más conocido de los cuales es, desde luego Dworkin, 1977), la teoría expuesta en *El Concepto de Derecho* tenía importantes consecuencias para una teoría del razonamiento legal. Esas consecuencias, a su vez, eran incompatibles con lo que los jueces y abogados entendían que estaban haciendo cuando aplicaban el derecho. Estas críticas mostraron la necesidad de un complemento al libro de Hart, un examen de la forma en que una teoría del derecho tan poderosa como la de Hart podía ser usada no sólo para «promover la comprensión del derecho» (Hart, 1963: xi), sino también la comprensión de cómo el derecho funciona, o de cómo la gente funciona con el derecho. Una teoría, en pocas palabras, de la aplicación del derecho (*i.e.* del razonamiento jurídico). Ahora sabemos que *Legal Reasoning and Legal Theory*, de Neil MacCormick, intentó llenar ese vacío (MacCormick, 1994: xiv). Antes de referirme a este libro, sin embargo, me gustaría explicar dónde, a mi juicio, yace la tensión entre una teoría del derecho y una del razonamiento legal. Para esto, conviene comenzar por la tesis de la textura abierta desarrollada en el capítulo VII de *El Concepto de Derecho.*

* Licenciado en Derecho (Universidad de Chile, 1994); Ph. D. (University of Edinburgh, 1999); Profesor Asistente, Universidad de Talca (Chile). Estoy en deuda con Zenon Bankowski, Neil MacCormick, Kevin Walton, Claudio Michelon, Emilios Christodoulidis and Burkhard Schafer por sus incisivos comentarios a una versión previa de este artículo. Ellos no tienen, desde luego, responsabilidad alguna por los errores que han quedado. Este artículo es una versión traducida y corregida de mi «Legal Reasoning and Legal Theory Revisited», aparecido en *Law and Philosophy*, 18: 537-577, © Kluwer Academic Publishers. La aparición de esta versión es posible gracias a la amabe autorización de Kluwer Academic Publishers.

Para nuestros propósitos no es necesaria una exposición completa de la tesis de la textura abierta. Es suficiente decir que Hart intentó encontrar una vía media entre dos extremos igualmente inaceptables, que él llamó «formalismo» y «escepticismo ante las reglas». Para ello Hart usó la idea de textura abierta formulada por F. Waismann (Waismann, 1951). El argumento era que, dado que el significado está dado por el uso, las palabras (conceptos) no pueden tener significado alguno sin que al mismo tiempo y por eso ellas se apliquen claramente a ciertas instancias. La capacidad de reconocer esas instancias como referentes de esas palabras (conceptos) *es* la capacidad de entender el significado de la palabra (concepto) en cuestión. Del mismo modo, sin embargo, en muchas instancias la aplicación de esas palabras (conceptos) a ciertos eventos en el mundo distará de ser obvia, y ello generará desacuerdo entre hablantes competentes. En esta última circunstancias el hecho de no reconocer a un evento como una instancia de la palabra (concepto) en cuestión no constituye evidencia de que el hablante ignora su significado (al contrario de lo que ocurre en los casos claros, en los cuales ese hecho si constituye tal evidencia). Estos eventos están en lo que Hart llamó la «penumbra» del significado de la palabra (concepto) relevante, donde diferentes opiniones acerca de su aplicabilidad pueden existir entre usuarios competentes del lenguaje en cuestión. Para hacer un famoso pasaje más famoso aún,

> Si hemos de comunicarnos unos con otros y si, como en las formas más elementales de derecho, hemos de expresar nuestras intenciones de que ciertos tipos de comportamiento sean regulados por reglas, entonces las palabras genéricas que usamos [...] deben tener instancias standard en las cuales no hay dudas en cuanto a [su] aplicación. Debe haber un núcleo [*core*] de significado asentado, pero habrá también una penumbra de casos discutibles en los cuales las palabras no son ni obviamente aplicables ni obviamente inaplicables (Hart, 1958: 63; 1980: 46) [1].

Entendido así, la tesis de Hart es una sobre los límites a la certeza que términos clasificadores genéricos pueden tener en los lenguajes naturales: «[la textura abierta es] *una característica general del lenguaje humano*; la falta de certeza en la zona marginal es el precio que hay que pagar por el uso de términos clasificatorios generales en cualquier forma de comunicación relativa a cuestiones de hecho» (Hart, 1994: 128, mis cursivas; 1963: 159). Es una nota distintiva de los lenguajes naturales (a diferencia de los artificiales) como los conocemos, y como tal forma parte del predicamento

[1] En la medida de lo posible, las referencias a las obras traducidas las español son indicadas a continuación de la referencia a la versión original. Por lo general he seguido la traducción de Genaro Carrió de *El Concepto de Derecho*, pero me he apartado de las traducciones de otras obras (como, sin ir más lejos, de la de Javier Sáinz de «El positivismo y la separación entre el derecho y la moral»).

humano: no hay nada que podamos hacer para excluirla, al menos si queremos usar términos clasificatorios generales:

> mi opinión era (y es) que el uso de *cualquier* lenguaje que contenga términos clasificatorios generales se encontrará, al aplicarlos, con casos marginales que requieren nueva regulación. Esta es la característica del lenguaje que yo llamé «textura abierta» (Hart, citado por Bix, 1994: 24).

De acuerdo a esta primera lectura, la tesis de la textura abierta es una tesis sobre el lenguaje (o, mejor dicho, los lenguajes naturales), y sólo de forma derivativa sobre el derecho. «Textura abierta» no es una característica del derecho sino, como Hart dice explícitamente en la cita anterior, una de los lenguajes naturales. Desde luego, dado que (o: sólo porque) las reglas jurídicas son expresadas en lenguajes naturales la textura abierta de los segundos se comunica, por así decirlo, a las primeras. Así, no es extraño escuchar de Hart que «cualquiera que sea la técnica, precedente o legislación, que se escoja para comunicar pautas o criterios de conducta, y por mucho que éstos operen sin dificultades respecto de la gran masa de casos ordinarios, en algún punto en que su aplicación se cuestione las pautas resultarán ser indeterminadas» (Hart, 1994: 127-8; 1963: 159).

Inmediatamente después de presentar la noción de textura abierta, y en un aparente esfuerzo por consolar al lector, Hart explica que la falta de certeza en los casos marginales no es nada que haya que lamentar. Pero en el curso de esa explicación la naturaleza de la tesis de la textura abierta cambia: ella se convierte en una tesis no ya sobre características inescapables de los lenguajes naturales como nosotros los conocemos, sino sobre la *conveniencia* de tener reglas con textura abierta (*i.e.* reglas que no son completamente ciertas y predecibles). La tesis deja de ser una sobre el lenguaje para convertirse en una sobre el derecho.

No hay, desde luego, razón alguna por la cual no puede decirse primero que *x* es el caso y luego argumentar que es bueno que *x* sea el caso, que es aparentemente la forma en que los pasajes relevantes de *El Concepto de Derecho* son interpretados. Pero Hart dio un paso más: en sus argumentos para mostrar la conveniencia de la textura abierta de las reglas jurídicas, y contradiciendo sus afirmaciones en el sentido de que ésa era una característica inescapable del predicamento humano, él concedió que *es posible*, para nosotros aquí y ahora, eliminar la falta de certeza en la zona marginal, *i.e.* «congelar el significado de la regla, de modo que sus términos generales tengan que tener el mismo significado en todos los casos en que su aplicación está de por medio» (Hart, 1994: 129; 1963: 161).

Él incluso nos explica cómo hacerlo:

> Para asegurar esto podemos aferrarnos a ciertas características presentes en el caso obvio, e insistir en que ellas son a la vez necesarias y suficientes para que todo aquello que las posea quede comprendido por la regla, cualesquiera que se-

> an las restantes características que pueda tener o que puedan faltarle, y cualesquiera que sean las consecuencias sociales que resulten de aplicar la regla de esa manera (Hart, 1994: 129; 1963: 161-2).

Y si seguimos ese consejo,

> Así *habremos conseguido, por cierto*, resolver por adelantado, pero también a oscuras, cuestiones que sólo pueden ser razonablemente resueltas cuando se presentan y son identificadas (Hart, 1994: 130; Hart, 1963: 162, mis cursivas).

Si es posible *conseguir, por cierto*, resolver por adelantado que los casos de penumbra no sean casos de penumbra, se sigue de esto que la explicación de la existencia de esos casos debe estar en por qué esos casos «sólo pueden ser razonablemente resueltos cuando se presentan y son identificados». En otras palabras, si podemos eliminar la falta de certeza en la zona marginal, es simplemente incorrecto decir que la falta de certeza en la zona marginal existe porque no puede ser eliminada; la razón por la cual el derecho es incierto en casos difíciles (o penumbrales) es *no* alguna característica de los lenguajes naturales (incluido el lenguaje del derecho), sino la muy diferente razón que no es *razonable* intentar resolver «por adelantado, pero también a oscuras» cuestiones que no podemos identificar.

Siguiendo esta segunda línea de argumentación, Hart explica que la causa del problema no radica en los límites a los niveles de certeza a la que los seres humanos pueden acceder usando los lenguajes que ellos (nosotros) de hecho tienen, sino en la necesidad de encontrar un balance adecuado entre dos «necesidades sociales» que compiten entre sí, *i.e.*

> por un lado, la necesidad de reglas dotadas de certeza [...] y, por otro lado, la necesidad de dejar abiertas para su solución ulterior, mediante una elección oficial informada, cuestiones que sólo pueden ser adecuadamente apreciadas y resueltas cuando se presentan en un caso concreto (Hart, 1994: 130; 1963: 162).

Y esta tensión es una que «*de hecho*, todos los sistemas, de maneras diferentes», solucionan conciliando ambos bienes de alguna manera (*ibid*, mis cursivas). La textura abierta, entonces, no es un límite externo que restringe los niveles de certeza que el derecho puede tener, sino la *consecuencia de una decisión*, una decisión acerca de cómo conciliar los requerimientos de certeza con los de adecuación [2].

Es importante enfatizar que, como hemos visto, qué es un caso difícil (o claro) varía según cuál de las interpretaciones de la tesis de la textura abier-

---

[2] Algunas estipulaciones resultarán útiles aquí: (a) llamaré «certeza» (o: «predecibilidad») a la primera de las necesidades sociales distinguidas por Hart, y (b) «adecuación» a la segunda (uso la palabra «adecuación» en el sentido de «appropriateness» o «Angemesenheit»); (c) hablaré de «aplicación» cuando quiera referirme al problema de cómo aplicar una regla al caso particular, y (d) de «significado» cuando el problema sea el de determinar el significado de una regla general, sin necesariamente tener un caso concreto a la vista.

ta utilizada. En la primera interpretación, un caso será difícil cuando los hechos sean tales que ellos no calcen natural y obviamente en uno o más de los términos clasificativos generales de la regla a aplicar, *i.e.* cuando es lo que podríamos denominar un caso difícil en sentido *semántico* (cuando, *e.g.* la regla prohibe los vehículos en el parque y de lo que se trata es de decidir si pueden usarse patines en él). En la segunda interpretación, sin embargo, el problema no es falta de certeza en el margen. Como podemos «por cierto conseguir» eliminar la falta de certeza en el margen (a pesar de las características de los lenguajes naturales), un caso será difícil cuando de lo que se trata es no de la clasificación de hechos o eventos en el mundo, sino la muy diferente cuestión de decidir si *éste* es uno de esos casos que fue «dejado abierto para su solución ulterior, mediante una elección oficial informada», aunque esos hechos o eventos pueden estar cubiertos por el significado semántico de la regla en cuestión (aquí uno puede pensar en casos como el imaginado por Fuller, 1958, de los veteranos que quieren usar un camión militar en un monumento a los caídos a ser levantado en el parque: ¿fue ese caso decidido cuando la regla que prohíbe los vehículos en el parque fue dictada, o fue «dejado abierto»?).

Derecho y razonamiento jurídico

Con estas consideraciones en mente podemos volver a la tensión entre teoría del derecho y razonamiento legal mencionada al principio. Una explicación hartiana del razonamiento legal ha de fluir de, o al menos ser consistente con, las tesis centrales de la teoría madre. Una de esas tesis es que a un nivel conceptual el derecho es independiente de la moralidad, esto es, que la pregunta por *qué es* el derecho es conceptualmente distinta a la pregunta por *qué debe ser* el derecho [3]. Estas dos cuestiones son, desde el punto de vista de Hart, no sólo diferentes, sino *lógicamente* diferentes: es posible establecer qué es el derecho sin preguntarse qué debe ser el derecho; ninguna conclusión acerca de lo que el derecho es se sigue de argumentaciones acerca de lo que el derecho debe ser. Al mismo tiempo, sin embargo, Hart vio que cualquier explicación teórica plausible de la naturaleza del de-

[3] Hay cierta discusión en relación al contenido preciso de lo que es llamado la «tesis de la separación» (véase, entre otros, Füßer, 1996; Coleman, 1996). Es necesario tener esto en mente, dado que el argumento que desarrollaré no afectaría algunas versiones de la tesis. Considérese, por ejemplo, la versión (calificada por su autor como «cruda) ofrecida por Shiner: «la existencia del derecho es una cosa y su mérito o demérito es otra» (Shiner, 1992). Yo creo (junto a muchos positivistas, naturalistas y realistas de diversas denominaciones) que en este sentido la tesis es verdadera. Creo, sin embargo, que puedo esquivar este problema, porque quiero sostener la tesis de que para establecer qué *es* el derecho debe previamente establecerse qué *debe* ser el derecho. Creo que esta última tesis es incompatible con el positivismo hartiano en cualquier lectura plausible.

recho debía explicar cómo y por qué abogados, jueces y otras personas están en desacuerdo no sólo acerca de lo que el derecho *debe ser* (lo que es escasamente sorprendente), sino también acerca de lo que el derecho *es*. Ahora, la explicación para este segundo tipo de desacuerdo no puede estar basada en la existencia de desacuerdos del primer tipo, dado que si eso fuera el caso no podría decirse que el problema de determinar lo que el derecho *es* sea conceptualmente diferente del de determinar lo que el derecho *debe ser* (esto es, no puede ser el caso que estamos en desacuerdo sobre lo que el derecho es *porque* estamos en desacuerdo sobre lo que el derecho debe ser, si estas dos son cuestiones separadas e independientes una de otra). Es entonces donde la tesis de la textura abierta entra en juego.

La importancia de esta tesis es que ella cumplía la función de proveer una explicación normativamente neutra del desacuerdo jurídico, una explicación del desacuerdo sobre lo que el derecho es que no implicaba que esta forma de desacuerdo era parasitaria del desacuerdo sobre lo que el derecho debe ser. Era, en consecuencia, la explicación (al menos el tipo de explicación) que Hart necesitaba para darle consistencia a su teoría del derecho. Pero Hart notó (creo, por las razones expresadas más arriba) que la idea (semántica) de textura abierta, aunque importante, no explicaba el problema del desacuerdo legal considerado desde el punto de vista del razonamiento legal, es decir, clarificación del significado de un término no es, en la mayoría de los casos difíciles verdaderamente importantes, el tipo de información que disuelve los problemas interpretativos de jueces y abogados. Hart notó que en muchos de estos casos lo que se discutía no era si un *x* particular era una instancia de un *X* general, sino más bien la cuestión de si una regla (clara y no ambigua) estaba diseñada para ser aplicada a los hechos que configuraban un caso concreto. Es por esto que él ofreció, en las mismas páginas de *El Concepto de Derecho*, una segunda explicación del hecho del desacuerdo jurídico, una basada en la idea de que el derecho tiene una tensión interna entre (lo que yo he llamado) certeza y adecuación.

Es en mi opinión una cuestión crucial que las consecuencias para la teoría del derecho de esta segunda interpretación de la tesis de la textura abierta son inconsistentes con la tesis hartiana identificada más arriba de la separación conceptual entre derecho y moral. En la primera explicación, lo que hacía difícil a un caso era una característica normativamente neutra, *i.e.* la textura abierta de las palabras (conceptos) de la regla. Es por esto que Hart podía decir (Hart, 1994: 135; 1963: 169) que en los casos claros la aplicación de la regla no exige de los funcionarios que deciden «una nueva valoración» [«fresh judgment»]. De todos los casos que las cortes deberán resolver, algunos de ellos estarán marcados por el hecho bruto de que ellos se encuentran en el área en la cual el acuerdo en torno a la aplicabilidad de las palabras (o conceptos) de las reglas pertinentes no se extiende (*i.e.* en el

área de «penumbra»); la identificación de esos casos como difíciles no requerirá más que la capacidad de reconocer este hecho bruto, y así no exigirá que ideas normativas acerca de lo que el derecho debe ser sean contrabandeadas en la determinación de lo que el derecho es. Cuando la «marca» de la textura abierta es descubierta la corte habrá encontrado los límites del derecho. Ahora consideraciones evaluativas podrán ser utilizadas, pero sólo porque lo que está en cuestión no es establecer que *es* el derecho sino qué derecho debe la corte crear *ex novo*. Nótese que no estoy afirmando que la «marca» de la textura abierta será un hecho *obvio*, sólo que es un hecho bruto. Puede haber desacuerdo en torno a la cuestión de si los patines son instancias obvias de la palabra «vehículo». En otras palabras, creo que Raz tiene razón cuando afirma que es falso «que todos los asuntos de hecho son no-controversiales» y que «todas las proposiciones morales son controversiales» (Raz, 1985: 218). Lo que es importante aquí no es que la tesis de la textura abierta hace de la aplicación del derecho una cuestión no controversial (aunque aquí parece haber leña que picar), sino la diferente cuestión de que el desacuerdo legal, *i.e.* el desacuerdo sobre lo que el derecho *es*, no es explicado por el desacuerdo *moral* sino por desacuerdo de *hecho* (o conceptual, o verbal): ¿son los patines, *de hecho*, vehículos?

La segunda interpretación (desacuerdo legal como la consecuencia de la tensión entre certeza y adecuación) no funciona tan agradablemente, aunque representa de modo más fiel la realidad del razonamiento legal. En ella, la «marca» que distingue un caso como difícil no es un hecho bruto (como en la primera interpretación) sino una cuestión evaluativa: el caso es (será) marcado como difícil si la demanda por certeza es, en el caso, superada por la demanda por adecuación, es decir, si la solución ofrecida por la regla es suficientemente inadecuada como para ser derrotada en el caso. Nótese que en esta interpretación es necesario, para «descubrir» la «marca» de la textura abierta, hacer una «nueva valoración» [«fresh judgment»]. Ello porque esa «marca» está constituida por la respuesta al problema de cuán inadecuada debe ser la solución ofrecida por una regla para un caso para que la demanda por certeza sea derrotada, y la respuesta a esta pregunta depende, claramente, del valor relativo de cada una de estas «necesidades sociales». Desde este punto de vista la cuestión de qué es el derecho no puede ser completamente distinguida de la cuestión de qué debe ser el derecho. En otras palabras, *para la corte* la cuestión ¿son estos patines un vehículo?» está vinculada a la pregunta «¿deben estos patines ser considerados como un vehículo?» (consi-

[4] El hecho de que Hart mismo a veces (e.g. 1967: 106) plantea el problema de esta manera (*i.e.* como el problema de determinar si un *x* particular es una instancia de un *X* general para los propósitos de una ley dada) muestra que él no notó que estaba ofreciendo dos expli-

dérese la común manera judicial en que este problema es planteado: «¿deben ser los patines considerados como vehículos *en el sentido de esta ley*?» [4]).

Si esto es correcto, entonces no es posible decir que hay una distinción lógica o conceptual entre estas dos cuestiones. Para ver de modo más claro cómo esta conclusión se sigue de las consideraciones anteriores, es útil dividir la explicación hartiana de los casos difíciles en dos partes (esta distinción, desde luego, es puramente analítica): una que contiene un criterio que permite distinguir casos claros de casos difíciles, y otra que explica lo que verdaderamente ocurre en los casos difíciles. Hemos visto que en *El Concepto de Derecho* Hart ofreció dos respuestas para la primera parte. Pero para la segunda Hart siempre tuvo *una* respuesta, *i.e.* que en los casos difíciles no hay derecho para el caso, y por consiguiente el juez debe crearlo, para lo cual tiene discreción. Las cosas, como hemos visto, funcionan relativamente bien cuando la primera interpretación de la tesis de la textura abierta es utilizada. Los problemas comienzan al considerar la segunda, *i.e.* la idea de que los casos difíciles son difíciles por la especial manera en que la tensión entre certeza y adecuación se presenta en ellos. Si, habiendo modificado la primera parte, retenemos la segunda, *i.e.* la tesis de que las cortes tienen discreción para resolver casos difíciles, la conclusión no es reconocible como hartiana: en esta versión, la tesis de Hart sobre casos difíciles sería: (i) un caso es difícil cuando la aplicación de la regla (*i.e.* de la regla aplicable *prima facie*) es normativamente problemática, es decir, cuando la solución ofrecida por la regla *prima facie* aplicable es tal que la demanda por adecuación es más poderosa que la demanda por certeza: (ii) cuando el caso es difícil, las cortes tienen discreción. En suma, cuando la aplicación de una regla semánticamente clara a un caso claramente cubierto por su significado produce un resultado cuestionable, el derecho *es* que no hay derecho para el caso. Lo que el derecho *es* depende de lo que el derecho (*i.e.* el balance entre adecuación y certeza) debe ser para el caso. Cuando el derecho *debe* ser diferente, *es* diferente. *lex iniusta non est lex*!

¿Es este «debe ser» un «debe ser» moral? Parece que la respuesta es obviamente afirmativa: el tema es por qué es la certeza importante, o cuál es la razón por la cual deberíamos preocuparnos acerca de la adecuación. Como Raz ha sostenido, esos valores no pueden ser sino morales, porque «no hay otra justificación para el uso de un cuerpo autónomo de consideraciones por las cortes» (Raz, 1993: 318). Pero debemos ser cuidadosos en este punto. Hart prolijamente evita, al menos en *El Concepto de Derecho*, referirse a lo que él llama «necesidades sociales» como valores morales. Y en

---

caciones para el fenómeno de la textura abierta. Si la tesis de la textura abierta (en su primera interpretación) es verdadera, entonces hay instancias paradigmáticas de *X* que lo son con prescindencia del propósito de cualquier ley (véase Schauer, 1991: 212ss).

su artículo «Positivism and the Separation of Law and Morals» (Hart, 1958) él explícitamente niega que sea un «debe ser» moral: «debemos recordar que el envenenador perplejo puede decir: "debí haberle administrado una segunda dosis"» (Hart, 1958: 69; 1980: 56). Hart también sostiene que «en el régimen Nazi algunas personas fueron sentenciados por las cortes por criticar al régimen. Aquí la elección de la sentencia puede ser guiada exclusivamente por consideración de lo que es necesario para mantener la tiranía del Estado de modo mas efectivo» (Hart, 1958: 70; 1980: 57).

De modo que Hart creía que la solución al conflicto entre adecuación y certeza puede ser basado en consideraciones puramente instrumentales. Pero la cuestión obvia es: ¿instrumentales para qué? En el caso del envenenador, son instrumentales para obtener un fin previa e independientemente dado, *i.e.* matar a la mujer. En el caso de la Alemania Nazi, el fin es también previa e independientemente dado, el de mantener la capacidad represiva del aparato estatal.

Que el fin es *previa e independientemente* dado quiere decir, desde luego, que no puede haber consideraciones instrumentales antes de definir dicho fin. Por esto, cuando de lo que se trata es de aplicar el derecho, el fin no puede ser algo así como «aplicar el derecho», dado que la corte está precisamente tratando de establecer qué es el derecho para el caso (esto sería equivalente a decir que el fin para el envenenador es administrar el veneno, un fin obviamente inútil como guía para resolver la cuestión de *cuánto* veneno administrar). El punto importante aquí es: ¿cómo puede la corte establecer cuál es ese fin?

Nótese que la respuesta no puede estar dada por otra regla o grupo de reglas jurídicas, por la misma razón por la cual Hart sostuvo que los «cánones de interpretación» no podían eliminar la impredecibilidad (1994: 126; 1963:158): porque esas reglas estarían también comprendidas dentro del problema.

¿Es, sin embargo, un «debe ser» moral? Espero que a estas alturas sea posible apreciar que no es necesario contestar esta pregunta afirmativamente (aunque yo creo que la respuesta es positiva: véase Atria, 1999). Para ello es necesario recordar el contexto en el cual Hart escribió estas líneas sobre textura abierta, mencionado al principio. Lo que él quería era encontrar una vía media entre formalismo y escepticismo ante las reglas. La tesis de la textura abierta proveía esa vía porque negaba que las cortes debían realizar una «nueva valoración» [fresh judgment] en todos los casos. Cuando esa valoración es requerida, las cortes tienen discreción. Cuando no es requerida, no la tienen. Pero ésta es una respuesta que funciona sólo si la primera versión de la tesis de la textura abierta es aceptada. La razón es simple: en la segunda versión una «nueva valoración» [fresh judgment] es requerida *en*

todos los casos, incluso en los casos claros, dado que el caso es claro solamente después de que se ha constatado, en concreto, que la demanda por certeza es suficientemente importante para vencer a la demanda por adecuación (esta formulación, desde luego, incluye el caso en que la solución ofrecida por la regla *prima facie* es también adecuada). Sólo la primera versión permite distinguir un caso claro de un caso difícil sin que la diferenciación misma esté basada en una «nueva valoración», dado que sólo esta versión no hace que la diferenciación misma sea una tal valoración. En la segunda versión, en consecuencia, Hart no tiene respuesta para el escéptico que alega que las reglas *nunca* pueden ofrecer soluciones a casos concretos que no requieran una nueva valoración por parte del organismo que decide. Independientemente de que esa valoración sea o no controversial, y dado que no está contenida en regla alguna, es una decisión para la cual el juez, en términos hartianos, no puede sino tener discreción [5].

En resumen, el hecho de que el derecho *deba ser* diferente a veces *lo hace* diferente. Para referirme a lo que Hart llamó «nueva valoración» [fresh judgment] sin dar la impresión de que mucho peso argumentativo es puesto sobre el hecho de que sea un juicio *moral*, usaré la expresión citada de Hart, o alguna otra expresión suficientemente vaga como «juicio evaluativo» o «normativo».

La tensión, ahora, entre teoría del derecho y razonamiento legal es explicada, al menos en parte, por una diferencia de perspectiva entre ambas. Cuando de lo que se trata es de montar una teoría del derecho, lo que está al centro de la cuestión son preguntas como ¿qué es el derecho? ¿cuándo puede decirse que un sistema jurídico existe (es válido)? ¿cómo puede saberse si una regla es parte de este o aquel sistema jurídico? (véase Raz, 1980: 1s, para una útil tipología de los problemas que una teoría del derecho debe resolver para ser una teoría «completa» del derecho). En este nivel es difícil negar la diferencia entre del derecho que es y el derecho que debe ser. El solo hecho de que muchas personas puedan razonablemente pensar, en ciertas circunstancias, que el derecho que los rige es injusto, esto es, que no es como debe ser, muestra que alguna distinción existe.

---

[5] Uno podría incluso ir más lejos, aunque para el argumento de este artículo ello no es necesario. La afirmación de Hart de que el «debe ser» puede ser instrumental en alcanzar algún fin (independientemente fijado) parece acercarlo más de lo que es normalmente apreciado a la posición de Dworkin: dado que la pregunta por cuál es la finalidad y cómo ella debe ser alcanzada es lo que determinaría el punto en el cual el balance entre certeza y adecuación es fijado en relación con el caso particular, qué es el derecho para el caso dependerá de la identificación de esa finalidad, y entonces la elección de la finalidad a ser servida tendrá un impacto en el contenido del derecho (es importante recordar que no es posible saber qué es el derecho para el caso antes de resolver la tensión). Esto parece una manera diferente de plantear la tesis dworkiniana de que el derecho es un concepto interpretativo (véase Dworkin, 1986: 46ff).

Sin embargo, cuando el foco de atención es dirigido sobre el problema del razonamiento legal, esta clara diferencia es alterada. Es todavía posible, desde luego, aplicar un derecho que es diferente del que debiera ser, y muchas veces los jueces deciden una cosa pensando al mismo tiempo que una diferente conclusión habría sido la correcta, todas las cosas consideradas [6]. Pero hemos visto que, para aplicar el derecho *como es* las cortes deben decidir cuál es el balance correcto entre los bienes de certeza y adecuación. El hecho obvio de que a veces las cortes se sienten obligadas a decidir de maneras que no consideran completamente satisfactorias, muestra que las reglas de hecho excluyen algunas consideraciones que serían en principio relevantes. Pero el hecho igualmente obvio de que las reglas no excluyen *todas* las consideraciones contrarias a la solución contenida en la regla (*e.g.* la consideración de que el hombre que derramó sangre en las calles de Bologna era un barbero, y que lo hizo cuando estaba afeitando a un cliente), aun cuando la regla *prima facie* parece hacerlo (es decir, la regla no contenía una excepción para barberos, y especificaba que sus palabras debían ser entendidas literalmente, sin interpretarlas. Véase el caso en Pufendorf, 1688: 5.12.8, pp. 802-3) muestra que es necesario algo más que solamente determinar el *significado* de una regla para poder aplicarla. Y es en algún sentido irónico (o prueba de su genialidad) que Hart mismo ofreciera una descripción tan certera de qué es ese «algo más», es decir, la solución al conflicto entre los bienes de predecibilidad de las decisiones judiciales y su adecuación al caso concreto a la vista. Antes de resolver este problema no hay cómo saber qué es el derecho para el caso, para ningún caso.

Uno podría, supongo, insistir en que éste no es un problema, y una manera de hacerlo es insistir que la respuesta a la pregunta «¿qué es el derecho?» no tiene consecuencias para la respuesta a la pregunta «¿qué es el derecho para este caso?». Si pudiera sostenerse que la respuesta a la primera pregunta no implica (al menos parte importante de) la respuesta a la segunda, entonces el argumento de este artículo fracasaría. Y de hecho, se ha sostenido que «ha sido una presuposición [de la teoría analítica del derecho] que hay una distinción clara entre la pregunta filosófica, «¿qué es el derecho?» y la pregunta del abogado, ¿qué es el derecho para este o aquel caso?» (Marmor, 1995: v).

Hay desde luego un sentido obvio en el cual estas dos preguntas son distintas, *i.e.* en el mismo sentido en el cual la pregunta «¿qué es cáncer?» es diferente de la pregunta «¿tiene esta persona cáncer?». Pero esto no signifi-

[6] Luego la frase en cursivas al final del párrafo ocho párrafos más atrás fue, en algún sentido, un exceso retórico. Pero dicha frase es sólo exagerada, no completamente falsa: algunas veces, reglas que producen resultados inadecuados cuando son aplicadas a casos concretos no son tales reglas después de todo y por eso.

ca que una respuesta a la primera pregunta no implica (parte importante de) la respuesta a la segunda, en la misma maneras en que una respuesta a la primera de las preguntas de Marmor implica (parte importante de) la respuesta a la segunda (de hecho, al decir que *x* tiene importantes consecuencias para *y* uno está tácitamente afirmando la existencia de una más o menos «clara distinción» entre *x* e *y*).

Uno podría, sin embargo, argüir que la relación no es *tan* cercana. Considérese, por ejemplo, la posición de Hans Kelsen:

> Esta determinación, sin embargo [de una norma de grado inferior por una norma de grado superior] no es nunca completa [...]. Hasta la orden más minuciosa tiene que dejar al ejecutor una cantidad de determinaciones. Si el órgano *A* dispone que el órgano *B* ponga en prisión al súbdito *C*, el órgano *B* tendrá que resolver a su criterio cuándo y dónde y cómo se pondrá en efecto la orden de prisión, decisiones que dependen de circunstancias externas que el órgano que dio la orden no previó y que, en buena parte, no pudo prever (Kelsen, 1960: 350).

> Que una sentencia judicial esté fundada en una ley no significa, en verdad, sino que se mantiene dentro del marco que la ley despliega; que es *una* de las normas individuales –y no *la* norma individual– que pueden ser producidas dentro del marco ofrecido por la norma general (Kelsen, 1960: 352).

Uno podría interpretar a Kelsen en estos pasajes como afirmando que la Teoría Pura del Derecho no será nunca capaz de contestar «la pregunta del abogado» si esa pregunta es «¿cuándo, cómo y dónde debe ser arrestado *C*?» pero esto no necesariamente implica que la respuesta a la primera de las preguntas de Marmor no es también, por eso mismo, una respuesta a la segunda. En el ejemplo de Kelsen, una respuesta completa a la primera pregunta (algo así como «un sistema jurídico es el conjunto de todas las reglas que pueden ser referidas, directa o indirectamente, a una *grundnorm*...») implica parte importante de una respuesta a la segunda («…entre las cuales está una que impone al órgano *B* la obligación jurídica de poner en prisión al súbdito *C*»).

No me parece claro si Marmor pretende afirmar que las dos cuestiones son diferentes en el sentido de que una pregunta a una no implica (parte importante de) una respuesta a la otra, o que ellas son distintas sólo en el sentido de que son diferentes (*e.g.* en que para formularlas es necesario usar diferentes palabras), sin ninguna consecuencia ulterior. En este (último) caso, él está claramente en lo cierto, pero es difícil ver muchas consecuencias substantivas fluyendo de ello; en el primer caso, la posición de Marmor sería claramente incompatible con el argumento de este artículo, pero en ese sentido la tesis de Marmor es falsa tanto como descripción de la «teoría analítica del derecho» como en sus propios términos.

Razonamiento deductivo, casos claros, argumentación jurídica

El desafío para una teoría hartiana completa (esto es, una teoría hartiana del derecho *y* del razonamiento legal) es, entonces, armonizar estas dos perspectivas. Quiero ahora considerar con algún detalle lo que es, a mi juicio, el intento más sofisticado por responder a ese desafío, *i.e. Legal Reasoning and Legal Theory* de Neil MacCormick (1994).

Que el de MacCormick es un intento por responder a este desafío es explícito en el nuevo prólogo a la reimpresión de 1994 de su libro: «la teoría del derecho analítica positivista abrazada por Hart está abierta al desafío, y ha sido desafiada, por su supuesta incapacidad de dar una explicación satisfactoria del razonamiento legal especialmente del razonamiento en sede adjudicativa. Este libro intentó responder a ese desafío» (MacCormick, 1994: xiv). En particular, creo que su argumento en relación al rol del razonamiento deductivo en derecho constituye el mejor análisis positivista disponible de la aplicación del derecho en casos claros.

Ésta es la razón por la cual, antes de considerar ese argumento de MacCormick, es necesario decir algo sobre el problema del razonamiento silogístico (o deductivo) en la teoría del derecho de Hebert Hart. Él mismo mostró poca simpatía por la idea de que la aplicación de reglas podía ser deductiva: él sostuvo que «la lógica es silenciosa respecto del problema de cómo clasificar particulares» (Hart, 1958: 67). Comentando éste y otros pasajes similares de la obra de Hart, Andrei Marmor sostiene que nada podría estar más lejos de la intención de Hart que sostener la tesis de que la aplicación de reglas en casos fáciles puede ser un asunto de lógica o analiticidad[7]. Marmor cree que «es fácil discernir que lo que conecta a una regla con su aplicación no puede ser lógica [...]»[8] para luego sostener,

> como Hart dijo, «la lógica es silenciosa respecto del problema de cómo clasificar particulares» pero es precisamente a esta cuestión a lo que su distinción entre *core* y penumbra se refiere. En otras palabras, debemos mantener separado lo que podría ser llamado la relación «regla-regla» de la relación «regla-mundo». La lógica [...][9] se refiere sólo a la primera, no a la segunda relación (Marmor, 1994: 128).

[7] Como veremos, MacCormick no menciona la idea de que el silogismo judicial es analítico. Por supuesto todo silogismo es analítico, pero eso no es necesariamente sostener que lo que conecta a una regla con su aplicación es analiticidad (o «lógica»). Intentaré alegar que (en la versión hartiana tradicional) lo que conecta a una regla con su aplicación es «lógica» *más* la distinción entre *core* y penumbra. Por esta razón, seguiré a MacCormick y no discutiré el problema en términos de analiticidad.

[8] Siguiendo la nota anterior «y analiticidad» omitido.

[9] «y analiticidad» omitido.

Y él así concluye diciendo que «ni Hart ni ningún otro positivista debe suscribir a la opinión de que la aplicación de reglas jurídicas es un problema de inferencia lógica» (*ibid*).

Marmor está en lo correcto, desde luego, cuando insiste que la distinción entre *core* y penumbra no es un asunto de lógica; pero la cuestión es, ¿por qué es la distinción entre *core* y penumbra importante? Y la respuesta es: porque, *además* de la distinción entre *core* y penumbra para (casi) todos las palabras (conceptos), Hart creía (al menos en la interpretación tradicional de la tesis de la textura abierta, la que aquí he llamado la «primera» interpretación) que un caso es jurídicamente *claro* cuando en alguna de sus descripciones es abarcado por el núcleo (*core*) de significado de una regla válida, y difícil cuando no lo es. Es con esta tesis adicional (e independiente de la distinción misma) que se abre un espacio para el razonamiento deductivo: para decirlo con las palabras de Marmor, *una vez que* la relación «regla-mundo» ha sido establecida, una vez que los particulares que constituyen un caso concreto han sido reconocidos como pertenecientes al *core* de significado de la regla en cuestión, *entonces* sólo queda establecer una relación «regla-regla», y para eso lo único que queda por hacer es un razonamiento silogístico [10]. Esto es así por cuanto cuando la relación «mundo-regla» ha sido establecida entonces una relación «regla-regla» debe ser establecida, *i.e.* una relación entre una regla general (como «será una falta, sancionable con multa de $5, dormir en cualquier estación de ferrocarriles») y una particular (como «el acusado, que ha sido sorprendido durmiendo en una estación de ferrocarriles a las 3:00 AM mientras esperaba por su tren retrasado, debe pagar $5») debe a su vez ser establecida. La lógica es, desde luego, silenciosa en relación a la pregunta de si un Cadillac es un vehículo; este se sigue de la definición de «vehículo» de modo tal que si honesta-

[10] Hay una diferencia significativa en la manera en que el lenguaje de la lógica es utilizado por logicistas y abogados: para éstos «silogismo», «deducción» y «lógica» son, en términos generales, sinónimos, mientras para aquéllos ellos son cosas diferentes (aunque relacionadas). Véase Kneale and Kneale (1962). Sigo el uso de los abogados.

[11] Para ver que la afirmación de Marmor de que Hart «no suscribe la tesis de que la aplicación de reglas jurídicas es un asunto de inferencia lógica» (Marmor, 1994: 128) es falsa como exégesis de Hart, basta leer los párrafos en los cuales Hart se refiere a los casos difíciles, y sacar las conclusiones que implican esas afirmaciones para los casos claros: «el progreso humano y los procesos naturales continuamente arrojan tales [«penumbrales»] variantes de lo familiar [«*core*»], y si hemos de decir que *esos hechos* son o no cubiertos por reglas existentes, entonces el que clasifica debe tomar una decisión que no le es dictada» (Hart, 1958: 63, con la implicación obvia, diría yo, de que en los otros casos, en el «core», la decisión sí es dictada al que clasifica); «Si una penumbra de falta de certeza debe rodear a todas las reglas jurídicas, entonces su aplicación a casos concreto *en el área de penumbra* no puede ser un problema de deducción lógica, y así el razonamiento deductivo no puede constituir un modelo para lo que los jueces, o de hecho cualquiera, deben hacer para aplicar reglas generales a casos particula-

mente no reconozco este Cadillac como un vehículo eso sólo puede ser atribuido a mi ignorancia del español. Pero una vez que esa cuestión es solucionada, una vez que ese Cadillac es clasificado como vehículo, la lógica debe ser capaz de (en la versión hartiana que estamos comentando) responder a la pregunta de si él puede o no entrar en el parque [11].

¿Una teoría de la argumentación o una teoría del razonamiento legal?

En su *Legal Reasoning and Legal Theory*, Neil MacCormick presentó un poderoso argumento por la importancia del razonamiento deductivo en derecho, esto es, por la tesis de que el *modus ponens* solamente, en algunos casos, puede justificar completamente ciertas decisiones judiciales. Con esta tesis él se oponía a quienes parecían negarlo (MacCormick no menciona referencias):

> Si esta negación [de la posibilidad de que el razonamiento jurídico sea deductivo] es formulada en sus sentido estricto, implicando que el razonamiento jurídico nunca es, o nunca puede ser, solamente deductivo en cuanto a su forma, entonces esa negativa es manifiesta y demostrablemente falsa. Es a veces posible mostrar de modo conclusivo que una determinada decisión es justificada jurídicamente a través de una razonamiento puramente deductivo (1994: 19).

La importancia de esta tesis debe ser a estas alturas evidente. Si puede ser mostrado que en *algunos* casos el razonamiento jurídico es *sola* y *puramente* deductivo, entonces todo lo que quedará por hacer será especificar (lo que de hecho MacCormick intenta hacer en el capítulo 3 de su libro) los presupuestos y límites del razonamiento deductivo. Una vez conocidos dichos límites y presupuestos, uno podrá simplemente decir que cuando esos presupuestos no se obtienen (o cuando esos límites han sido transgredidos) el caso en cuestión es *difícil*. Una vez establecido esto no hay problema en decir que el problema de qué es (o mejor: que *será*) el derecho para el caso está relacionado con la cuestión de qué debe ser el derecho para el caso. Ésta es la razón por la cual el argumento de MacCormick, si tiene éxito, puede ser usado en defensa de una teoría hartiana del derecho y del razonamiento jurídico.

Antes de examinar ese argumento con cierto detalle, sin embargo, creo que sería útil detenerse por un momento en la cuestión de qué es lo que MacCormick sostiene cuando alega que la justificación de algunos casos en

---

res. *En esta área* los hombres no pueden vivir por deducción solamente» (Hart, 1958: 64. Esta afirmación puede parecer más cercana a la tesis de Marmor: después de todo, Hart parece estar diciendo que la aplicación de reglas generales no es un asunto de inferencia lógica. Sin embargo, si se mira con atención la cosa es distinta. Hart está diciendo que el razonamiento deductivo no es un modelo explicativo de la labor de aplicar reglas generales en todos los casos, dado que ello no es así en casos penumbrales. Pero la razón por la cual no es así es que esos casos son penumbrales, con la implicación obvia de que en los casos no penumbrales (core) es posible vivir por deducción solamente. Todas las cursivas en esta nota son mías).

derecho puede ser puramente deductiva. Esto es importante porque, como espero poder mostrar, la tesis de MacCormick puede recibir una interpretación que la haría trivial. De hecho, MacCormick mismo a veces ha ofrecido esa interpretación de su tesis.

Uno podría empezar recordando la distinción, ofrecida entre otros por Alexy, entre justificación interna y justificación externa:

> En los discursos jurídicos se trata de la justificación de un caso especial de proposiciones normativas, las decisiones jurídicas. Pueden distinguirse dos aspectos de la justificación: la justificación *interna* y la justificación *externa*. En la justificación interna se trata de ver si la decisión se sigue lógicamente de las premisas que se aducen como fundamentación; el objeto de la justificación externa es la corrección de estas premisas (Alexy, 1989b: 221; Alexy, 1989a: 213-4).

Para Alexy, el problema de la justificación interna *es* el del silogismo jurídico: «los problemas ligados con la justificación interna han sido ampliamente discutidos bajo el rótulo "silogismo jurídico"» (Alexy, 1989b: 222; Alexy, 1989a: 214). Lo importante, sin embargo, es que desde el punto de vista de una teoría de la argumentación una decisión *nunca* está suficientemente justificada a menos que esté justificada interna y externamente. La justificación externa requiere típicamente de razonamiento no-deductivo. Una vez que ciertas proposiciones han sido (externamente) justificadas (usando cualquier criterio apto para justificar externamente una proposición: razonamiento consecuencialista, interpretación intencional, razones de autoridad, etc), entonces es posible decir que la decisión está completamente justificada si la decisión se sigue silogísticamente de esas proposiciones consideradas como premisas.[12]

Nótese que para Alexy (a diferencia de MacCormick), la posibilidad de una justificación deductiva en un caso jurídico no tiene relación alguna con el hecho de ser ese caso claro o difícil. La diferencia, normalmente, tendrá que ver con el hecho de que la justificación (externa) de las premisas será usualmente más controvertida en casos difíciles que en casos claros. Con independencia de cuán polémica sea la justificación externa de las premisas, sin embargo, una vez que ella ha sido realizada la justificación interna procede en la misma manera. Así, en el contexto de una teoría de la argumentación jurídica, preocupada con «resolver el problema de la fundamentación

[12] Ejemplo: en el caso propuesto por Hart, de un automóvil de juguete propulsado eléctricamente, el problema era el de determinar si la regla que prohibía «vehículos» en el parque excluía ese automóvil. La premisa «este juguete es un vehículo» (o su contraria, desde luego) tendría que ser justificada externamente. Una vez, sin embargo, que esa cuestión es decidida (y otras, como las cuestiones de hecho etc) todo lo que resta es realizar un silogismo con la premisa (así justificada) «este juguete (no) es un vehículo» y la regla «prohibido entrar vehículos al parque» para justificar la decisión «este juguete no puede (puede) ser usado en el parque».

de las decisiones jurídicas» (Alexy, 1989b: 2; Alexy, 1989a: 24), el razonamiento deductivo es usado en todos los casos.

Ahora podemos ver la interpretación que hace de la tesis de MacCormick una tesis trivial: en esta interpretación, MacCormick sólo dice que una forma de razonamiento deductivo es de alguna manera importante para el razonamiento legal. En cualquier caso razonamiento silogístico puede jugar algún rol. Para esto, basta imaginarse la madre de todos los casos difíciles y solucionar (conforme a las intuiciones morales o jurídicas de uno) los aspectos difíciles del mismo y listo! Uno ya pude solucionar el caso con «el razonamiento deductivo jugando un rol» en la decisión.

Estas son las razones por la cuales creo que no sería correcto entender a MacCormick de esta manera. Pero si esta interpretación es incorrecta, ¿cómo debe ser entendido su argumento? Para responder a esta pregunta es posible utilizar la distinción de Raz (sobre la que volveré más adelante) entre lo que él llama la versión «estrecha» y la versión «amplia» de la tesis de las fuentes (Raz, 1985: 214-15) [13]. La versión amplia de la tesis de las fuentes «sostiene que la verdad o falsedad de enunciados jurídicos [puros y aplicados] depende sólo de hechos sociales que pueden ser establecidos sin utilizar argumentos morales» (Raz, 1985: 214). Si la versión amplia es correcta, todo lo que es necesario para aplicar una regla a un caso concreto es verificar la ocurrencia de ciertos hechos (una decisión que aplica una regla a un caso concreto expresa, por definición, un enunciado jurídico «aplicativo» para Raz. Sobre esta distinción, véase Raz, 1980b: 71). La versión «estrecha» de la tesis de las fuentes se refiere sólo a los enunciados puros (esto es, un enunciado tal que «la existencia de ciertas normas es suficiente para hacerlo verdadero», *ibid*). La versión estrecha, en consecuencia, es silenciosa respecto a la aplicación de las reglas. Creo que la tesis de MacCormick, como su análisis de *Daniels* lo deja en claro, puede ser explicada diciendo que es sobre la corrección de la versión amplia de la tesis de las fuentes, al menos en muchos casos. En éstos, la justificación de una decisión sólo requiere la formulación de un silogismo en el cual las premisas mayores son reglas jurídicas (y las menores afirmaciones de hecho): «todas las premisas mayores envueltas en el argumento [en *Daniels*], no todas las cuales fueron expresamente afirmadas, son reglas de derecho para las cuales una fuente podría citarse» (MacCormick, 1994: 29) o, como él alega algunas páginas más abajo,

> Podrá observarse que en el análisis del argumento ofrecido más arriba cada etapa del argumento es un argumento hipotético válido, las premisas del cual

[13] No es mi intención minimizar las diferencias entre autores como MacCormick y Raz, sino simplemente utilizar una distinción ofrecida por el segundo para esclarecer un aspecto de las ideas del primero.

> son afirmaciones de proposiciones jurídicas que al tiempo relevante eran verdaderas para propósito jurídicos, o determinaciones de hecho que son también para propósitos jurídicos considerados verdaderos, o conclusiones intermedias derivadas de esas premisas.(MacCormick, 1994: 32).

Así, el argumento de MacCormick no es uno acerca de qué hace a una buena justificación jurídica buena, como lo era el de Alexy, sino acerca de la existencia de casos en los cuales la justificación externa es innecesaria. La justificación externa es innecesaria por cuanto las premisas no resisten dos posibles interpretaciones, de modo que no hay decisión [*fresh judgement*] que deba ser justificada. Acerca, creo que ahora podemos decir, la verdad (al menos parcial) de la versión amplia de la tesis de las fuentes [14].

De hecho, más adelante en el libro MacCormick parece aceptar que en el primer sentido (silogismo judicial como justificación interna) «momentos» de razonamiento deductivo aparecen incluso en los casos difíciles, los que se caracterizan porque «la deducción opera sólo después de que la parte interesante de la controversia, *i.e.* la decisión de un problema jurídico, ha concluido» (MacCormick, 1994: 197).

En términos de Alexy, la justificación interna empieza solamente después de que la justificación externa ha terminado, por cuanto la primera supone la utilización de premisas que son proveídas por las segunda (lo que MacCormick en la pág. 197 llama «la decisión de un problema jurídico»). La tesis del capítulo 2 de MacCormick, entonces, equivale a decir que en algunos casos (como *Daniels*) la justificación externa no es necesaria más allá de lo que él denomina «el mandamiento judicial fundamental»: «no violarás reglas jurídicas establecidas y válidas» [«thou shalt not controvert established and binding rules of law»] (MacCormick, 1994: 195). Estos son los casos que en la terminología de la teoría del derecho se denominan «claros», los casos que Hart caracterizó sobre la base de que en ellos las reglas, para ser aplicadas, «*no* exigen de [los oficiales que deciden] una nueva valoración de caso a caso» (Hart, 1994: 135; 1963: 169): Interpreto aquello de «*no* exigen de [los oficiales que deciden] una nueva valoración de caso a caso» como significando aquí «sin premisas que requieran justificación externa (más allá del mandamiento judicial de MacCormick)» [15].

---

[14] Para volver al ejemplo de Hart (*supra*, n. 12): si yo quiero viajar en mi FIAT Regatta a través del parque con el objeto de entretenerme con los pajarillos que allí juguetean (o para ahorrar unos minutos de mi viaje, etc), sería todavía verdadero decir, desde el punto de vista de Alexy, que la premisa «este FIAT Regatta es un vehículo» debe ser justificada externamente. Pero la tesis hartiana de la textura abierta y la distinción entre *Core* y penumbra conciben a cualquier discusión de la verdad de esa proposición como un asunto de ignorancia del lenguaje. La razón por la cual la proposición en cuestión no requiere ser externamente justificada es que nadie que sepa hablar español *puede* seriamente cuestionar su valor de verdad.

[15] Para el sentido en que estoy usando la expresión «nueva valoración» [fresh judgment], véase *supra*, 6.

Esto puede parecer una pérdida de tiempo (o de tinta) en establecer lo obvio, y de hecho creo que es así. Mi única justificación para ello es que el propio MacCormick es equívoco entre la versión trivial (la deducción es importante en derecho) y la importante (la decisión de los casos claros puede ser estricta y solamente deductiva en cuanto a su forma) de su propia tesis. Volveré a este punto más adelante, pero por el momento es suficiente comparar las dos siguientes afirmaciones:

> Algunas personas han negado que el razonamiento judicial es, en algún caso, estrictamente deductivo. Si esta negación es entendida en sus sentido más estricto, implicando que el razonamiento deductivo no es, ni puede nunca ser, *solamente deductivo* en cuanto a su forma [*solely deductive in form*], entonces la negativa es manifiesta y demostrablemente falsa. Es a veces posible mostrar conclusivamente que una decisión jurídica dada es jurídicamente justificada a través de un razonamiento *puramente deductivo* (MacCormick, 1994: 19, mis cursivas).
>
> El razonamiento deductivo a partir de reglas *no puede ser* una forma autosuficiente, auto-sustentable de justificación jurídica. Está *siempre* envuelto en una red de principios y valores ulteriores y anteriores, aun cuando desde un punto de vista puramente pragmático revelaría muchas situaciones en las cuales nadie piensa que ir más allá de las reglas es necesario para fines prácticos. (MacCormick, 1994: xiii, mis cursivas).

Daniels v Tarbard

Estamos ahora preparados para examinar el argumento de MacCormick con cierto detalle. Su ejemplo de un caso en el cual la justificación completa de una decisión judicial puede ser estricta y solamente deductiva es, como está dicho, *Daniels and Daniels v R. White & Sons and Tarbard* (1938 4 All ER 258). Aunque MacCormick ha hecho este caso famoso, parece apropiado dar una breve descripción de los hechos del litigio. Daniels compró una botella de limonada (limonada de R White) en el bar de la demandada (*i.e.* Tarbard). Él luego llevó la botella a su casa, donde bebió de su contenido junto a su cónyuge. Como consecuencia de eso ambos enfermaron porque, como se estableció posteriormente, la limonada estaba contaminada de ácido carbólico. Los Daniels demandaron a la dueña del bar y al

[16] MacCormick probablemente no quiere decir implicación material en su sentido técnico. En lógica simbólica ($p \supset q$) «es verdadero si «no-p o q» es verdadero. Pero «no-p o q» es verdadero en cualquiera de los siguientes casos: (1) p es verdadero y q verdadero; (2) p es falso y q es verdadero; (3) p es falso y q es falso [...]. Mientras p sea falso, no importa lo que q sea, «p implica q» es verdadero; y mientras q es verdadero, no importa lo que p sea, «q es implicado por p» es verdadero» (Cohen y Nagel, 1934: 127). Esto es así porque «implicación material es el nombre que damos al hecho de que una de dos proposiciones resulta ser falsa o la otra resulta ser verdadera» (*ibid* p. 128). Pero MacCormick quiere decir, creo, que ($p \supset q$) significa algo más que esto, es decir, que *porque p* entonces *q*. MacCormick menciona este problema, y sostiene (correctamente, a mi juicio) que «nada depende de esto» (MacCormick,

productor de la limonada. Mientras el segundo fue absuelto la primera fue condenada a indemnizar los daños sufridos por (sólo por) el señor Daniels. La tesis de MacCormick es que esta decisión se sigue de modo deductivo de los hechos como fueron descritos y las reglas jurídicas vigentes en 1938.

De hecho, sin embargo, MacCormick no podría fundar su tesis sin usar la relación de implicación material, «É». «É» es usada en vez de la expresión «para todo caso, si ... entonces ...» [16]. Pero las reglas jurídicas no se refieren a todos los casos, incluso cuando su lenguaje podría inducirlo a uno a pensar eso. Las reglas no dicen «Si en cualquier caso ... entonces...», sino «Si, en casos normales, ... entonces...». Este punto no debería ser particularmente polémico en relación a MacCormick, quien siempre ha defendido la tesis de que las reglas jurídicas se refieren a los casos «normales» solamente, estableciendo sólo lo que es «presuntivamente» el caso (MacCormick, 1995; MacCormick, 1974: 71). Además en su libro (1994) MacCormick explícitamente se distancia de autores que explican el fenómeno de la derrotabilidad de las reglas jurídicas sobre la base de que en esos casos (*i.e.* en los casos en que las reglas son derrotadas) de lo que se trata es de argumentos dirigidos a convencer al órgano que decide de que su deber *moral* es decidir contrario a derecho. MacCormick cree que en estos casos de lo que se trata no es de responder a la pregunta de si debe o no el que decide violar el derecho, sino de establecer qué *es* el derecho para el caso:

> Una descripción positivista del sistema como funciona *no puede* responder a una pregunta que puede ser formulada *internamente* a ese sistema: la cuestión que puede surgir para un juez en un caso difícil: «¿por qué debemos *nosotros* tratar a cada decisión de acuerdo a una regla que es válida de acuerdo a nuestro criterio de validez como suficientemente justificada? Y ésta es una cuestión que puede ser, y de hecho es, formulada de vez en cuando [...] Por mi parte *no creo en la conveniencia de tratar tales cuestiones como extra-jurídicas simplemente sobre la base de un* fiat *definicional* [...]. Tratar *a priori* a esas discusiones como ideológicas-pero-no-legales (que es lo que Kelsen y, en los hechos, Hart hicieron) me parece insatisfactorio (MacCormick, 1994: 63; sólo las cuartas cursivas son mías).

Para ponerlo en las palabras usadas más arriba: si las reglas deben ser entendidas como refiriéndose a los casos *normales*, entonces es simplemente imposible aplicarlas correctamente sin establecer de modo previo que el caso en cuestión es normal. Es todavía posible sostener (con Kelsen y Hart) que desde el punto de vista del derecho todos los casos son normales (o, lo que es lo mismo y probablemente más cercano a lo que Kelsen y Hart habrían dicho, que las reglas deben ser aplicadas a *todos* lo casos, y no

---

1994: 28n). Supongo que MacCormick está ofreciendo una estipulación del significado de «⊃», de modo tal que significa «si, en cualquier caso, *p*, entonces (porque *p*) *q*».

sólo a los normales) pero esto implica un *fiat* definicional que escabulle el problema: el *fiat* de decir que el derecho exige que las reglas sean aplicadas a todos los casos como un asunto de verdad conceptual, con independencia de cuán absurdo sea el resultado. Sólo después de este *fiat* definicional la decisión de declarar que una regla ha sido derrotada en un caso se convierte en una decisión «ideológica-pero-no-legal». MacCormick no cree en la conveniencia de adoptar esta solución, y en consecuencia él debe apoyar la tesis de que, desde el punto de vista jurídico (y no sólo desde el punto de vista ideológico o político) las reglas jurídicas se aplican a los casos normales solamente (lo que no es extraño, ya que ésta es, de hecho, la tesis que MacCormick efectivamente apoya: véase MacCormick, 1995; MacCormick, 1974: 71).

Pero si MacCormick acepta que las reglas jurídicas se refieren a los casos normales, y no a todos lo que son cubiertos por su significado, entonces es difícil ver cómo eso se compatibiliza con su tesis de que la decisión en *Daniels* fue justificada siguiendo un razonamiento estricta y solamente deductivo. Lewis J falló en contra de la señora Tarbard «con algunas aprehensiones, porque es más bien duro con la señora Tarbard, que es una persona perfectamente inocente en este asunto» (citado por MacCormick, 1994: 21). Él pensaba que la aplicación de la regla era inadecuada para este caso. Es fácil ver por qué: Lewis J creyó que en un caso de responsabilidad civil es normalmente el caso (al menos en 1938) que si el demandado es una persona «perfectamente inocente en el asunto» ella no debe ser condenada. En otras palabras, la «inocencia» del demandado es usualmente una consideración substantiva relevante. Dado que en la interpretación adoptada por el tribunal en ese caso la regla en cuestión excluía esa consideración, su aplicación a ese caso producía cierta inadecuación. Pero esta inadecuación no era, en opinión de Lewis J, suficientemente importante como para derrotar la demanda por predecibilidad [17]. En otras palabras, él consideraba que las reglas eran suficientemente formales como para derrotar la inadecuación producida por fallar en contra de una persona «perfectamente inocente en el asunto», que esta consideración no era suficientemente poderosa como para hacer el caso «anormal». Esta «nueva valoración» [fresh judgment] era, para Kelsen y Hart (como dice MacCormick) extra-jurídica: era «ideológica-pero-no-legal». Pero MacCormick razonablemente rechaza esta respuesta co-

[17] Es importante recordar que he legislado más arriba (n. 2) sobre el significado de la palabra «predecibilidad» (o «certeza»), de modo tal que incluye todos los valores que son servidos por una aplicación formalista de las reglas jurídicas. Predecibilidad en su significado no estipulado es normalmente el más importante de ellos (aunque no el único: hay también valores políticos sobre distribución del poder etc, para poner sólo un ejemplo): de ahí la estipulación.

mo basada en un *fiat* definicional que de hecho escabulle el problema. En consecuencia, para MacCormick esta «nueva valoración» es *jurídica*, es decir, lo que *el derecho es* para el caso no puede ser establecido antes de decidir este problema. En consecuencia el silogismo de MacCormick no será válido a menos de que sea formulado como una premisa. Esto puede verse claramente por la vía de atender a la traducción del razonamiento del tribunal hecha por MacCormick:

(16) Si el vendedor ha violado una condición de un contrato que él debía cumplir, el comprador tiene derecho a que el vendedor le indemnice por una cantidad equivalente a la pérdida directa y naturalmente resultante de la violación de la condición por el vendedor;

(15) En el caso en cuestión, el comprador ha violado una condición del contrato que él debía cumplir;

(17) ∴ En el caso en cuestión, el comprador tiene derecho a que el vendedor le indemnice por una cantidad equivalente a la pérdida directa y naturalmente resultante de la violación de la condición por el vendedor (MacCormick, 1994: 31-2) [18].

Esto es traducido como (la columna izquierda es la de MacCormick, mientras la de la derecha es mi semi-traducción de MacCormick de vuelta al lenguaje natural, de acuerdo a sus estipulaciones en las pp. 23 and 28s. Usaré mi semi-traducción en lo sucesivo, con el fin de facilitar la exposición):

(16) y É z	(16) En cualquier caso, si *y* entonces *z*;
(15) *y*	(15) En el caso en cuestión, *y*;
(17) ∴*z*.	(17) Por lo tanto en el caso en cuestión *z*.

MacCormick está en lo correcto al sostener que (17) se sigue de (16) y (15). Pero el tema es que (16) no es una descripción correcta del derecho como era en ese momento, y hemos visto que MacCormick está de acuerdo con esto. Si corregimos (16) para introducir la idea de que las reglas jurídicas se aplican sólo a los casos «normales», resulta

(16') En casos normales, si *y* entonces *z*;

(15) En el caso en cuestión, *y*;

(17) Por lo tanto en el caso en cuestión *z*

[18] El silogismo de MacCormick es, por supuesto, considerablemente más largo. (*cf.* 1994: 30ff). La objeción que estoy presentando ahora podría, sin embargo, ser dirigida en contra de cualquiera de sus partes, por lo que es suficiente citar sólo una de las secciones del mismo. Es también importante recordar que aunque MacCormick ahora cree que el silogismo judicial de un caso como *Daniels* debe ser representado usando lógica de predicados en vez de lógica proposicional, he mantenido la presentación original de MacCormick. Nada de sustancia, creo, depende de esto. (véase MacCormick, 1994: xv; el cambio de opinión de MacCormick fue gatillado por White, 1979).

Y esta no es una inferencia válida: para serlo requiere una premisa adicional:

(18) El caso en cuestión es normal

La opción preferida por MacCormick (que las reglas jurídicas establecen lo que debe ser «presuntivamente» el caso) hace este problema más notorio:

(16'') En cualquier caso, si *y* entonces presuntivamente *z*;

(15) En el caso en cuestión, *y*;

(17) Por lo tanto en el caso en cuestión *z*

De nuevo, (17) no se sigue. Lo que sí se sigue es

(17'') Por lo tanto, en el caso en cuestión, presuntivamente *z*.

Pero (17'') no justifica, desde luego, decisión judicial alguna. No le dice a nadie que es el derecho para el caso: sólo establece lo que el derecho «presuntivamente» es.

Lo que MacCormick llama «la pragmática del derecho» (1994: xiii; 1995) no sería de mucha utilidad aquí. Hart tenía ciertamente razón cuando decía que «una regla que concluye con la expresión "a menos que..." es también una regla» (Hart, 1994: 139; Hart, 1963: 174), pero no puede ser aplicada a menos que las circunstancias excepcionales no estén presentes. La regla puede ser tal que la solución «por defecto» es que la excepción no existe, pero incluso en ese caso la justificación de su aplicación a un caso concreto requeriría, desde el punto de vista de la corrección formal del razonamiento, que dicha circunstancia fuera afirmada:

(16''') En cualquier caso, si *y* entonces *z*, a menos que el tribunal sea convencido de *w*;

(15) En el caso en cuestión, *y*;

(17) Por lo tanto en el caso en cuestión *z*

De nuevo, (17) no se sigue. Para que el argumento sea formalmente válido, una premisa como la siguiente es necesaria:

(19) *w* no ha sido probado (o: el tribunal no ha sido convencido de *w*).

Siguiendo a Hart, ya hemos visto que «*w*» representa, en este contexto, una «valoración» de que la inadecuación de la regla aplicada al caso concreto no es suficientemente importante como para derrotar el valor de certeza que requiere que las reglas sean literalmente aplicadas. (19), en consecuencia, no es ni una regla jurídica ni una constatación de hecho, sino un «fresh judgment»: «en este caso la solución ofrecida por la regla *prima facie* aplicable no es inadecuada, o no es suficientemente inadecuada». En

[19] *Cf.* MacCormick, 1994: 29, donde MacCormick correctamente llama la atención sobre el hecho de que a las premisas mencionadas por Lewis J una debe ser agregada, una «que es tan trivialmente obvia que su omisión de las afirmaciones expresas de Lewis J es completamente natural –es decir, que la intención de las partes al realizar la transacción descrita en (i)

otras palabras, incluso un caso claro como *Daniels* e incluso asumiendo que la corte tiene una obligación (jurídica) de aplicar el derecho, una decisión no puede ser alcanzada a través de un argumento «pura» y «estrictamente» deductivo en el cual las premisas son o consideraciones de hecho o reglas de derecho vigentes. El hecho de que la ausencia de *w* no necesite ser argumentada, importante como puede ser desde el punto de vista pragmático (no se requiere justificar externamente su negación) es irrelevante desde el punto de vista formal [19].

Uno podría solucionar este problema diciendo que el problema de establecer si el caso es normal (o si *w* está presente, o si la presunción por el resultado ofrecido por la regla es correcta en definitiva) no es un problema jurídico, sino uno moral o político sobre si el derecho debe ser obedecido. Pero esta vía no está abierta para MacCormick, que (correctamente, a mi juicio) rechaza esa posibilidad como un mero *fiat* definicional. En breve, la única manera en que MacCormick podría rescatar su argumento del capítulo 2 sería por la vía de asumir ese *fiat* definicional que él rechaza en el capítulo 3.

Podría argumentarse en contra de lo anterior que he errado el blanco, que la aplicabilidad de la regla al caso concreto es uno de los presupuestos de la justificación deductiva. En *Legal Reasoning and Legal Theory*, MacCormick sostiene que uno de los presupuestos de la justificación deductiva es que

> cada juez tiene en virtud de su oficio un deber de aplicar a cada una de esas reglas que son «reglas jurídicas» siempre que sea relevante y aplicable a cualquier caso que se le presente [every judge has in virtue of his office a duty to apply each and every one of those rules which are «rules of law» whenever it is relevant and applicable to any case brought before him]. Y esa formulación revela un segundo presupuesto, sin el cual el término «deber» carecería de referencia identificable: que es posible para el juez identificar esas reglas que son «reglas jurídicas» (MacCormick, 1994: 54).

En consecuencia, la contra-objeción continua, si se cuestiona la aplicabilidad de la regla a *este caso* particular, entonces el juez está traspasando los límites de la justificación deductiva, mientras la tesis de MacCormick está formulada para aquellos casos en los cuales esos presupuestos son satisfechos. Pero esto no puede ser un réplica a mi objeción, dado que estoy asumiendo que el juez tiene una obligación (jurídica) de aplicar el derecho.

---

más arriba era realizar una compra por el señor D a la señora T y una venta de ésta a aquel». Quizás la premisa que afirma la normalidad del caso (o la inexistencia de *w*, o que la presunción en favor de la solución ofrecida por el significado de la regla aplicable *prima facie* no es derrotada en el caso) es trivialmente obvia en el mismo sentido, pero como MacCormick reconoce el hecho de que una premisa sea «trivialmente obvia» no significa que no sea requerida por la validez formal de la inferencia, aunque puede justificar al tribunal en no mencionarla.

Lo que estoy cuestionando es que al decidir *qué es el derecho* que el juez tiene el deber de aplicar el juez tendrá que pronunciarse sobre la «normalidad» del caso si reglas como las de *Daniels* han de ser aplicadas (nótese que el deber del que habla MacCormick es el de «aplicar las reglas relevantes y *aplicables* al caso en cuestión»). Esto, nuevamente, sólo puede ser usado para defender la tesis de MacCormick si uno fuera a adoptar la posición que MacCormick se niega a adoptar, *i.e.* si uno creyera que las reglas son aplicables a *todos* los casos cubiertos por su significado lingüístico, sin perjuicio de una eventual justificación (desde un punto de vista «ideológico-pero-no-jurídico») para fallar contra derecho. Sólo bajo este supuesto podría MacCormick decir que el proceso de justificar jurídicamente una decisión en casos como *Daniels* es puramente deductiva: dadas las reglas como eran en 1938 y los hechos como fueron acreditados en el juicio, la conclusión se seguuirá silogísticamente. Del mismo modo, sin embargo, uno debería decir que, dado el reporte hecho por Pufendorf del derecho de Bologna (y los hechos como él los describía), uno podría obtener la conclusión de que el barbero debía ser sancionado con gran severidad. Lo que uno añadiría a este último juicio sería un argumento «ideológico-pero-no-jurídico» en el sentido de que la corte debería fallar contra derecho y liberarlo por razones morales. El argumento de MacCormick no puede tener éxito si esta distinción *a priori* entre lo jurídico y lo ideológico, una distinción que MacCormick mismo (y por buenas razones) considera injustificada.

Deseo ahora volver al principio, a la tensión entre teoría del derecho y razonamiento jurídico, sobre la base de las consideraciones mencionadas en el análisis del argumento de MacCormick [20]. Sabemos que *Legal Reasoning and Legal Theory* fue concebido como una explicación hartiana del razonamiento legal. Por consiguiente, debía basarse sobre la idea de que había algunos casos que en el sentido hartiano eran *claros*. Sabemos que decir de un caso que es *claro* en este sentido implica que para resolverlo basta con aplicar de modo más o menos mecánico una regla válida a una situación de hecho determinada. Si la solución a estos casos está determinada por las regla, debe ser posible reconstruir la justificación de su decisión de acuerdo

[20] Me refiero aquí a la teoría del derecho de MacCormick que puede ser encontrada en su *Legal Reasoning and Legal Theory*. Su posición es ahora diferente: «ya no acepto todo lo que en 1978 aceptaba de sus [*i.e.* de Hart] tesis» (1994: xv). Mis comentarios acerca de *Legal Reasoning and Legal Theory* no deben ser vistos como una crítica a la posición actual de MacCormick, dado que su obra actual puede acomodar muchas de las tesis defendidas en este artículo (precisamente porque MacCormick ha abandonado muchas de las tesis hartianas), sino acerca de la tensión entre las explicaciones dadas por MacCormick a la teoría del derecho y al razonamiento jurídico. Dado que esta tensión es producida por el marco (hartiano) de referencia, no es extraño que su obra actual esté libre de estas tensiones.

al modelo deductivo (usando como premisas sólo las reglas y las descripciones de los hechos). En otras palabras, si es verdad que

> la vida del derecho consiste en muy gran medida en la orientación o guía, tanto de los funcionarios como de los particulares, mediante reglas determinadas que, a diferencia de las aplicaciones de *standards* variables, *no* exigen de aquéllos una nueva valoración de caso a caso (Hart, 1963: 169; 1994: 135)

entonces en esos casos la decisión puede ser justificada de un modo silogístico, en el cual figuran como premisas sólo reglas jurídicas y enunciados de hecho, en el cual la única presuposición necesaria es que el derecho debe ser aplicado, y en el cual ninguna premisa contiene una «nueva valoración». Esta es la significación del argumento del capítulo 2 de *Legal Reasoning and Legal Theory* como un análisis de la justificación de la decisión judicial en casos claros de acuerdo a una perspectiva hartiana. Pero en los capítulos sucesivos, cuando MacCormick se dio a la tarea de presentar una teoría del razonamiento legal, él fue llevado a posiciones que eran incompatibles con las pretensiones de la teoría del derecho.

Así, al discutir la cuestión de los casos claros y difíciles, él comienza alegando que «en realidad no hay una clara línea divisiva entre los casos claros y los difíciles» (MacCormick, 1994: 197). Lo que hay es un espectro de casos, que va desde el más fácil hasta el más difícil, y en ese espectro «no puede nunca ser establecido más que vagamente en qué punto» las dudas interpretativas son suficientemente importantes como para concluir que la corte que debe decidir tiene discresión. Sin embargo, en vez de ofrecer (como Hart intentó con su tesis de la textura abierta en su primera interpretación) un test evaluativamente neutro para distinguir entre casos claros y difíciles, MacCormick encuentra la explicación de esta falta de certeza sobre la línea divisoria entre esos tipos de casos en «diferencias en el estilo dominante de diferentes períodos en la historia de los sistemas jurídicos» (1994: 198). Después él sostiene que «cuando hablamos de diferencias entre estilos judiciales [...] de lo que hablamos es o incluye el grado de facilidad con que un juez permite que esa presunción [*i.e.* la presunción de que «el significado obvio debe ser preferido»] sea vencida» (1994: 207).

Desde este punto de vista, cuán absurdo debe ser el resultado producido en el caso por la aplicación de una regla conforme a sus sentido literal para que el juez juzgue correctamente que la presunción en favor de ese significado es vencida no es una cuestión que la regla puede responder; es un problema generado por las demandas competitivas de adecuación y predecibilidad, y cuánto impacto tiene cada una de esas demandas no es una cuestión que las reglas (o, en general, el material jurídico) estén en una posición de responder. Y un caso no puede ser decidido antes de decidir si será tratado como un caso «normal» o como uno en que consideraciones substantivas

muestran que el caso es anormal, es decir, uno en que esa presunción es vencida.

Me gustaría enfatizar este punto: si lo que hace a un caso difícil o claro es un *juicio* acerca del balance correcto de dos valores (*i.e.* un «fresh judgment») entonces al menos *algunos* casos *son* difíciles porque *deben ser* difíciles.

La razón por la cual MacCormick cree que el puede sostener la tesis de que la decisión en casos claros puede ser completamente justificada usando como premisas sólo reglas y enunciados que describen hechos *junto a* la tesis de que las reglas se aplican sólo a casos «normales» (o que ellas establecen sólo lo que es «presuntivamente» debido desde el punto de vista jurídico) parece ser que, como he insinuado, él es equívoco entre dos diferentes tesis en relación a lo que podríamos llamar el «elemento deductivo» en el razonamiento jurídico.

El argumento de MacCormick fue originalmente presentado en contra de aquellos que sostenían la tesis de que «el razonamiento jurídico nunca es *estrictamente* deductivo» (1994: 19). Él sostuvo, como hemos visto, que «si esta negación es entendida en su sentido más estricto, implicando que el razonamiento deductivo no es, ni puede nunca ser, *solamente deductivo* en cuanto a su forma [*solely deductive in form*], entonces la negativa es manifiesta y demostrablemente falsa. Es a veces posible mostrar conclusivamente que una decisión jurídica dada es jurídicamente justificada a través de un razonamiento *puramente deductivo* (MacCormick, 1994: 19). Más adelante en el libro, sin embargo, el argumento del capítulo 2 es recordado como dirigido contra «quienes niegan que la lógica deductiva *es relevante* para la justificación de decisiones judiciales» (1994: 45), y en el nuevo prefacio a la impresión de 1994 la tesis ha cambiado definitivamente: ahora se presenta contra «personas capaces que, en forma recurrente, niegan que el derecho *permite una esfera* para el razonamiento deductivo, o incluso para la lógica a secas» (1994: ix). En el mismo prefacio MacCormick parece rechazar la tesis original del capítulo 2 de que «es a veces posible mostrar conclusivamente que una decisión jurídica dada es jurídicamente justificada a través de un razonamiento *puramente deductivo*» cuando él ahora sostiene que «el razonamiento deductivo a partir de reglas *no puede* ser una forma auto-suficiente y auto-sustentable de justificación jurídica. Está *siempre* envuelto en una red anterior y ulterior de razonamiento a partir de principios y valores» (1994: xiii; todas las cursivas en este párrafo son mías).

En mi opinión, las citas del nuevo prefacio reflejan la visión actual de MacCormick sobre la «centralidad del razonamiento deductivo para el razonamiento jurídico» y deben ser entendidas junto a la distinción de Alexy entre justificación interna y externa. Entendidas de este modo esas afirma-

ciones se refieren a la posibilidad de reconstruir una decisión dada en un esquema silogístico como la mejor y normalmente más segura manera de saber si la decisión fue justificada, si la justificación interna es completa (es decir, si el silogismo es formalmente válido) y qué premisas requieren ser justificadas conforme a los requerimientos de la justificación externa.

Pero en este sentido el capítulo 2 no responde al desafío que se supone debía responder. Si ha de proveer una respuesta, debe ser entendido como significando que es posible que decisiones jurídicas sean completamente justificadas a través de un razonamiento deductivo que use como premisas sólo reglas válidas y enunciados de hecho debidamente probados. Sólo en este sentido la tesis podría ayudar a Hart a mostrar que en algunos casos no es necesaria una nueva valoración para aplicar las reglas. Pero para ser así entendido el argumento requiere una distinción *a priori* entre lo jurídico y lo ideológico, una distinción que esquiva por definición el problema. Como MacCormick se niega a hacer esta distinción, su argumento no es exitoso como una demostración de que algunas veces la justificación de una decisión jurídica puede ser «sola y puramente» deductiva.

* * *

Las razones para considerar en algún detalle el argumento de MacCormick, como sostuve al principio, no están únicamente relacionadas con el valor intrínseco del mismo; esa consideración también ayuda a ilustrar el predicamento contemporáneo de la teoría del derecho: dependiendo del punto de partida, uno puede llegar, a través de pasos plausibles y razonables, a conclusiones contradictorias. Cuando MacCormick (o Hart) adoptó la perspectiva de la teoría del derecho, es decir, la perspectiva de una empresa dirigida a entender qué es el derecho, cuándo un sistema jurídico existe etc, él llegó a una postura hartiana en la cual las reglas están allí, por así decirlo, para ser «simplemente aplicadas» en un número significativo de casos.

Cuando adoptó la perspectiva del razonamiento legal, es decir, una que trata de entender cómo el derecho es aplicado a casos concretos (hasta donde yo sé, su libro es todavía uno de los pocos, si no el único reconocidamente positivista en el cual el análisis de decisiones producidas en casos reales juega un rol metodológico importante) él fue arrastrado a posiciones incompatibles: las conclusiones que para el razonamiento jurídico se seguían de la teoría del derecho eran simplemente demasiado implausibles, demasiado *ad hoc*.

El problema no es de MacCormick, sino de la teoría del derecho en cuestión. Hemos visto que Hart tuvo el mismo problema: comenzó el tratamiento del tema con una tesis sobre la distinción entre casos claros y difíciles compatible con su teoría del derecho (lo que denominé la «primera in-

terpretación» de la tesis de la textura abierta), pero a poco andar esa tesis había mutado a una diversa, en la cual la determinación del derecho que *es* era dependiente en una determinación del derecho que *debía ser*, contradiciendo así uno de los puntos centrales de su teoría del derecho. Creo que el problema es más generalizado, y aparece de una forma u otra en la obra de muchos de los autores positivistas más sofisticados que se dedican al tema hoy por hoy. Quiero terminar este artículo mostrando la forma en que este problema aparece en la teoría del derecho de Joseph Raz. La conclusión natural de este artículo, en la medida en que mis observaciones sobre Hart, MacCormick y Raz son correctas, será que la teoría positivista que los llevó a la posición incómoda en que terminaron es la responsable de ello, y que eso muestra un problema importante para dicha teoría: no es capaz de dar al razonamiento jurídico una explicación adecuada sin distorsionarlo.

Razonamiento jurídico, reglas y fuentes

Contrariamente a lo que uno podría pensar, Joseph Raz cree que «aceptar la tesis de las fuentes no implica aceptar la tesis del formalismo o de la autonomía del razonamiento legal» (Raz, 1993: 317). Lo que aquí Raz llama «formalismo» o la tesis de la «autonomía del razonamiento jurídico» es la idea de que «el arte de la legislación, y de modo más general el de creación del derecho, es razonamiento moral. Pero razonamiento jurídico es razonamiento acerca del derecho como es. Como tal está libre de infección por el razonamiento moral. Uno puede razonar moralmente acerca del razonamiento jurídico pero no como parte de éste» (Raz, 1993: 314).

El argumento de este artículo lleva a restringir severamente el contenido de la tesis de la autonomía del razonamiento jurídico (véase Atria, MS), aunque no a negarla completamente. Raz cree que esa tesis es incorrecta (o que debe ser severamente restringida) por lo que en ese sentido su posición es la misma que la sostenida en este artículo. Lo que quiero alegar, sin embargo, es que aceptar la tesis de las fuente sí implica aceptar la tesis de la autonomía del razonamiento jurídico en una forma inaceptable para Raz. En otras palabras, el problema que quiero discutir en Raz es el mismo que hemos visto en Hart y en MacCormick: la teoría del derecho a la que subscribe lo obliga a aceptar una teoría del razonamiento jurídico inaceptable. Para mostrar esto en el caso de Raz debo mostrar por qué las razones ofrecidas por Raz para sostener que la aceptación de la tesis de las fuentes no implica la autonomía del razonamiento jurídico no funcionan, que es lo que espero hacer en esta sección (el lenguaje que Raz usa en distintas piezas cambia, por lo cual en esta sección el lenguaje también irá cambiando. Intentaré hacer presente estos cambios de lenguaje a medida que se vayan produciendo).

Para comenzar quiero retroceder 8 años desde el momento en que Raz afirma de modo tan categórico la tesis citada al inicio de esta sección. En 1985, en un importante artículo titulado «Authority, law and morality» (Raz, 1985) Raz presentó un argumento que podría hacerlo aparecer como apoyando la tesis de la autonomía del razonamiento jurídico. El argumento se basaba en la distinción entre las dos versiones de la tesis de las fuentes que ya hemos mencionado, pero que conviene enunciar ahora con más detalle:

> Hay que distinguir lo que el derecho basado en fuentes explícitamente establece y lo que establece por implicación. Si una ley en el país A dice que el ingreso ganado en el extranjero está sujeto al impuesto a la renta, entonces ella sólo implícitamente establece que yo debo pagar ese impuesto. Eso porque mi obligación no es establecida por la ley sino es inferida de ella (y otras premisas). Similarmente, si los ingresos ganados fuera del país tributan a una tasa diferente de los tributos ganados en el país, el hecho de que las ganancias por ventas de exportación están sujetas a la tasa doméstica es implicado más que establecido. Puede ser inferido de la ley y otras reglas sobre la ubicación de varias transacciones.
>
> Los dos ejemplos se diferencian en que el enunciado de que yo debo pagar el impuesto a una cierta tasa es un enunciado jurídico aplicado, cuya verdad depende tanto del derecho como de los hechos. El enunciado de que los ingresos producto de ventas de exportación están sujetos a impuestos a una cierta tasa es un enunciado jurídico puro, cuya verdad depende sólo del derecho (*i.e.* de actos de legislación y otros actos productores de derecho). La tesis de las fuentes que fuera formulada al principio soporta una interpretación estrecha y una amplia. La tesis estrecha se refiere sólo las condiciones de verdad de los enunciados jurídicos puros. Los enunciados jurídicos puros son los que expresan el contenido del derecho, *i.e.* de reglas jurídicas, principios, doctrinas, etc. La tesis amplia se refiere a las condiciones de verdad de todos los enunciados jurídicos, incluidos los aplicados. Sostiene que la verdad o falsedad de los enunciados jurídicos depende de hechos sociales que pueden ser establecidos sin recurrir a argumentos morales (Raz, 1985: 214-15).

Usando el lenguaje de Raz, el razonamiento legal es el razonamiento acerca de cuáles enunciados jurídicos aplicados son verdaderos (o válidos). Bajo la versión estrecha, en consecuencia, la tesis de las fuentes es silenciosa en relación al problema del razonamiento jurídico, dado que ella es silenciosa en relación a los enunciados jurídicos aplicados. Como en 1993 (*cf.* la cita al inicio de esta sección) encontramos a Raz categóricamente negando que la tesis de las fuentes implique la autonomía del razonamiento jurídico, ello parece como una manera de sostener que sólo la versión estrecha de la tesis (pero no la amplia) es correcta.

Sin embargo, para Raz ambas versiones de la tesis se sostienen o caen juntas, al menos si los hechos morales no son contingentes, dado que (según él dice hacia el final de «Authority, law and morality»):

> Todos los argumentos hasta aquí se refieren a la tesis estrecha de las fuentes. No se ha dicho nada acerca de su aplicación a enunciados jurídicos aplicados. Tiendo a sentir que se aplica a ellos también, dado que ellos son enunciados jurídicos cuyos valores de verdad dependen de hechos contingentes y del derecho. Esto es, lo que se requiere es el supuesto de que lo que hace contingentemente verdadero que una persona actuó equitativamente en una ocasión particular no es el estándar de equidad, que no es contingente, sino el «hecho bruto» de que realizó cierta acción que puede ser descrita en términos evaluativamente neutrales. Si este supuesto es sostenible en todos los casos, entonces la tesis vale también respecto de los enunciados jurídicos aplicados (Raz, 1985: 218).

En suma, la interpretación estrecha, junto a la tesis de que los hechos morales no son contingentes, implica la versión amplia, y la versión amplia implica la autonomía del razonamiento jurídico. Dado que Raz ahora cree que la tesis de las fuentes no implica la autonomía del razonamiento jurídico, él parece creer que sólo la versión estrecha es defendible, con lo cual él parece debernos una explicación de cómo los hechos morales son contingentes.

El problema es que la versión estrecha de la tesis de las fuentes no cumple la función que Raz quiere que la tesis de las fuentes cumpla. De hecho, ¿qué quiere decir la afirmación de Raz de que «todos los argumentos hasta aquí se refieren a la tesis estrecha de las fuentes» (1985: 218)? Los argumentos «hasta aquí» [21] se basaban en la idea de que el derecho reclama autoridad, luego el derecho debe ser capaz de tener autoridad (*i.e.* el reclamo de autoridad del derecho puede ser injustificado en las circunstancias, pero no puede ser absurdo); la «capacidad para tener autoridad» (»authority-capacity») implicaba dos condiciones: que las directivas de la autoridad son presentadas como la visión de alguien sobre qué debe hacerse y que pueden ser identificadas y su contenido establecido sin necesidad de usar consideraciones evaluativas. Quiero centrarme en la segunda condición. ¿Por qué era requerida? La respuesta es: porque si para identificar una directiva de la autoridad o su contenido uno siempre tuviera que revisar las consideraciones substantivas que se supone la autoridad evaluó, entonces la autoridad no cumpliría su rol mediador, y uno sería incapaz de beneficiarse de la existencia de la autoridad: los súbditos «pueden beneficiarse de las decisiones [de la autoridad] sólo si pueden establecer su existencia y contenido en formas que no dependen de considerar las mismas cuestiones que la autoridad se supone que decidió» (Raz, 1985: 203). Sólo si esta condición es cumplida una putativa directiva dotada de autoridad sería capaz de satisfacer la «tesis de la justificación normal» (por supuesto, otro problema es si una direc-

[21] «Todos los argumentos hasta aquí» debe ser entendida como una referencia al argumento principal de «Authority, law and Morality». La afirmación está al final de la penúltima sección, y la última sección (de tres páginas) discute el rol de los valores en la teoría del derecho con referencia a la obra de Ronald Dworkin.

tiva «capaz de» satisfacer la tesis de la justificación normal la satisface de hecho). Al final del artículo, sin embargo, resulta que «los argumentos hasta aquí» se refieren a la versión estrecha de la tesis de las fuentes, con la implicación obvia de que la capacidad para tener autoridad requiere sólo esa versión. Esto significa que el argumento resulta ser que el derecho tiene capacidad para tener autoridad, incluso si la tesis amplia es insostenible, *i.e.* incluso si los súbditos no pueden *nunca* obtener *ningún* enunciado jurídico aplicado sin reabrir todas las consideraciones morales que se suponen fueron decididas por la autoridad, *incluso si la autoridad es legítima*.

En otras palabras: si aceptamos lo que Raz dice, aquello de que «todos los argumentos (expuestos en las primeras cuatro secciones de «Authority, law and morality») se refieren a la versión estrecha de la tesis de las fuentes solamente», entonces el hecho de que el derecho reclame autoridad deja de ser un argumento en favor de la tesis de las fuentes. La razón es la siguiente: Raz sostiene que «una decisión es usable [serviceable] sólo si puede ser identificada por medio de consideraciones que no son las consideraciones cuyo peso e importancia la decisión debía determinar» (Raz, 1985: 203). Usable [serviceable] ¿para qué? Para que los súbditos puedan *actuar* sobre la base de la decisión en vez de depender de su propio juicio [22]. Pero para ser usable [serviceable] en estos términos lo que es requerido es la versión *amplia* de la tesis de las fuentes, porque sólo ésta implica que los súbditos pueden actuar sin necesidad de determinar el peso y la importancia de todas esas consideraciones y simplemente actuar como la autoridad exige. Para actuar como el derecho exige (o decidir como el derecho exige) lo que es necesario es formular un enunciado jurídico aplicado. El enunciado puro «en los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por una de las partes lo pactado» no me dice a mí, la parte cumplidora, qué hacer ante el incumplimiento de mi contraparte. Tampoco le dice al juez qué hacer en esas circunstancias, a menos que yo o el juez podamos extraer, de ese enunciado puro, el enunciado aplicado «Atria tiene derecho a demandar la resolución de su contrato de compraventa con Fuentes» ante el incumplimiento de Fuentes. Pero bajo la versión estrecha de la tesis de las fuentes este último enunciado no está cubierto.

Ahora podemos volver a la afirmación de Raz con la que esta sección comenzó. En «The autonomy of legal reasoning» la distinción entre estas dos formas de la tesis de las fuentes no es mencionada. ¿Implica ese artícu-

[22] Por supuesto, el problema de si esto es alguna vez justificado es otro: a eso Raz dedica una parte importante de sus escritos sobre autoridad, es decir, al problema de mostrar que hay muchas circunstancias en las cuales es razonable para las personas descansar en las instrucciones de una autoridad y no en su propio juicio.

lo que Raz ha abandonado la distinción? Ésta es una pregunta que no recibe respuesta.

En vez Raz intenta ofrecer dos razones diferentes por las cuales el razonamiento jurídico no es autónomo en relación con el razonamiento moral. La primera tiene que ver con el hecho de que «si nuestro única preocupación es decidir qué debemos hacer en orden a obedecer las intenciones, propósitos o metas de los creadores del derecho, a menudo enfrentaremos directivas conflictivas» (Raz, 1993: 315). En este caso, una decisión es necesaria, y esa decisión no puede ser guiada por consideraciones basadas en fuentes. Se sigue, de acuerdo a Raz, que ellas deben ser consideraciones morales [23]. Pero esto, de nuevo, no es compatible con el núcleo del argumento desplegado por Raz en favor de la tesis de las fuentes. Es importante recordar que el argumento era que si el derecho *reclama* autoridad se sigue que *puede tenerla* (no se sigue, desde luego, que necesariamente la tenga). Si puede tenerla, se sigue que posee las dos condiciones no-morales para tener autoridad mencionadas más arriba. Una de esas condiciones era que las directivas deben ser el tipo de cosas cuya «existencia y contenido pueden ser establecidos de formas que no dependan de abrir los mismo problemas que la autoridad debía solucionar» (Raz, 1985: 203). Pero ahora Raz parece estar alegando que cuando aplicamos directivas dictadas por la autoridad nuestra «única preocupación» no es aplicar las directivas así reconocidas, sino decidir qué debe hacerse «en orden a obedecer las intenciones, propósitos o metas de los creadores del derecho». Raz parece estar diciendo que nuestra única preocupación debe ser tratar de corregir a la autoridad, es decir, ir más allá de las directivas para determinar si esas directivas son correctas desde el punto de vista de las intenciones, metas y propósitos de

[23] Raz sostiene que las consideraciones no basadas en fuente no pueden sino ser consideraciones morales: «porque no hay otra justificación para el uso de un cuerpo autónomo de consideraciones por las cortes» (Raz, 1993: 318). En consecuencia, la cuestión de la autonomía del razonamiento jurídico sólo puede ser la cuestión de su autonomía en relación con el razonamiento moral. Nótese que la distinción entre la versión amplia y la estrecha de la tesis de las fuentes no es mencionada en este artículo.

[24] Raz podría decir que estoy errando el blanco, que el problema es que el derecho presenta una «pluralidad de valores en conflicto [...] debido al hecho de que es un producto de la actividad humana» (Raz, 1993: 315n). Pero considérese un caso como el descrito por Fuller, del hombre que arriesga una multa por haberse dormido en la estación mientras esperaba su tren atrasado (o el de Pufendorf descrito más arriba, del barbero en Bologna). En estos casos podría decirse que el derecho contiene una «pluralidad de valores» (cada uno puede elegir el par que desee: predecibilidad contra adecuación, mantener las estaciones limpias y seguras contra equidad, etc), pero el hecho es que el material basado en fuentes ofrece una solución, que es multar a todo aquél que duerme en la estación (o que derrama sangre en la vía pública). La pluralidad de valores sólo será percibida por la corte si ella hace lo que no debe hacer, es decir, si «considera las mismas cuestiones que la autoridad debía resolver». Los conflictos son invisibles si la corte sigue el derecho como éste es identificado por la tesis de las fuentes.

la autoridad [24]. Pero la autoridad no debe ser corregida, si la teoría de la autoridad raziana es verdadera.

Puede ser útil detenerse en el significado de este «deber» que parece en la última frase. Dado que nuestro problema es el de determinar si el razonamiento jurídico es autónomo del razonamiento moral, parece razonable entender ese «deber» en sentido moral. La última frase del último párrafo, en este sentido, asume que la autoridad es legítima.

Obviamente en muchos casos esto no será así. Algunas veces la autoridad sólo será *de facto*, y las cortes podrán carecer de razones para seguir sus directivas. Pero esto es irrelevante para nuestra discusión de la autonomía del razonamiento jurídico, dado que, desde el punto de vista de Raz, ésta es una cuestión puramente moral (¿»como, tomando todas las cosas en cuenta, debe este caso ser decidido?»). El hecho de que las cortes tengan a veces la obligación moral de desobedecer el derecho y decidir un caso contraviniéndolo no muestra nada acerca del razonamiento jurídico, dado que éste no tiene que ver con el problema (moral) de si el derecho debe ser aplicado, sino con el problema de qué es el derecho para el caso (Raz, 1993: 312). Por supuesto que ambas preguntas deberán ser respondidas antes de que el juez puede decidir justificadamente, pero ello no niega la autonomía del razonamiento jurídico. Del mismo modo, habrá ocasiones en las cuales un árbitro de fútbol deba decidir si debe aplicar las reglas del fútbol, pero eso no niega la autonomía del razonamiento de acuerdo con las reglas del fútbol del razonamiento puramente moral. Si éste es el único modo en que el razonamiento jurídico y el razonamiento moral están conectados, el primero todavía puede ser autónomo del segundo.

Pero Raz quiere negar esto, dado que él quiere negar la autonomía del razonamiento jurídico. Él cree que «el razonamiento jurídico es una instancia del razonamiento moral». Él debe, en consecuencia, mostrar por qué el razonamiento jurídico es razonamiento moral, aun cuando la pregunta por la obligatoriedad moral del derecho es dejada de lado. Esto nos lleva al segundo argumento de Raz, que distingue entre «razonar sobre el derecho» y «razonar de acuerdo al derecho». El primero («razonar sobre el derecho») «está gobernado por la tesis de las fuentes» (Raz, 1993: 316), por lo que si nosotros restringimos nuestra mirada sólo a ese aspecto una forma de autonomía para el razonamiento jurídico emergerá. Pero no debemos dejar de lado el segundo aspecto, *i.e.* «razonar de acuerdo al derecho», y si prestamos atención a este aspecto veremos que él es «normalmente puro razonamiento moral» (Raz, 1993: 317). Que razonar de acuerdo al derecho es diferente de razonar sobre el derecho es mostrado por el hecho de que

> El derecho frecuentemente instruye a las cortes a aplicar consideraciones extralegales. El derecho italiano puede instruir a las cortes para aplicar el derecho

> comunitario, o derecho internacional, o derecho chino a un caso. [...] En todos estos casos el razonamiento legal, entendido como razonamiento de acuerdo al derecho, envuelve mucho más que simplemente establecer qué es el derecho (Raz, 1993: 317).

Esto podrá ser así, pero eso no basta para mostrar que el razonamiento jurídico es una forma de razonamiento moral. Lo más que podría mostrar es que razonamiento jurídico italiano es una forma de razonamiento jurídico europeo (no es que esto tenga mucho sentido). De modo que consideremos mejor si las referencias a la moralidad más que al derecho chino ayudarían a Raz a establecer su tesis.

Creo que la respuesta debe ser negativa, aunque comience con una afirmación: en la medida en que las reglas basadas en fuentes se remiten a la moral, entonces es verdadero que «razonar de acuerdo al derecho» es más que «razonar sobre el derecho». Pero este argumento no es suficiente para sostener la tesis de que el razonamiento jurídico *es* razonamiento moral, así como del hecho de que algunas veces los ingenieros deban tomar en cuenta consideraciones estéticas no hace del «razonamiento ingenieril» razonamiento estético sin más. Del hecho de que un árbitro de fútbol deba aplicar nociones de sentido común para determinar si una jugada es o no peligrosa no se sigue que el razonamiento del árbitro sea puro razonamiento-conforme-al-sentido-común.

En suma, Raz no quiere extraer de su teoría del derecho (donde la tesis de las fuentes y su teoría de la autoridad juegan un rol destacado) sus consecuencias naturales para el razonamiento jurídico. Él trata de mostrar que la tesis de las fuentes no implica la autonomía del razonamiento jurídico, y para hacer eso él debe mostrar cómo después de que se ha establecido la existencia y el contenido de una fuente queda algo por hacer. Al final, él sólo puede indicar el pequeño espacio constituido por el hecho de que a veces el derecho instruye a las cortes para aplicar consideraciones extrajurídicas y ofrece esto como la base para fundamentar su gran tesis de que el razonamiento jurídico *es* razonamiento moral. Mi posición es que esta última afirmación es de hecho verdadera, pero incompatible con la tesis de las fuentes, o al menos con una versión de la tesis de las fuentes que tenga alguna relevancia.

Para clarificar más este punto, me gustaría considerar un esfuerzo más reciente de Raz para mostrar que la tesis de las fuentes no implica lo que él llamaba (en 1993) «formalismo». En su «On the nature of law» (Raz, 1996) él intenta defender su versión del positivismo de la objeción de que repre-

[25] Raz, de modo incidental, expresa algunas reservas acerca de lo que él cree que es el supuesto tácito de esta objeción: «creo que el problema es exagerado, y que el razonamiento jurídico no es todo de un tipo» (p. 19). La objeción, sin embargo, no necesita alegar lo contra-

senta incorrectamente el razonamiento legal. La «objeción standard» dice él, contra el positivismo jurídico en cuanto al razonamiento legal, es que

> ¿No deberíamos esperar dos etapas claramente separadas en el razonamiento jurídico: una interpretativa-fáctica y una (puramente) moral? Primero uno debería establecer lo que dice el derecho autoritativamente puesto en cuanto al problema en cuestión, y entonces o bien ese derecho no soluciona el caso, o si uno quiere determinar si la manera en que dispone de ese caso es moralmente correcta, uno debería moverse a la segunda etapa, puramente moral, del argumento. De hecho, sin embargo, el razonamiento jurídico no se divide de esa manera. El razonamiento jurídico muestra continuidad a través de todas sus etapas. (Raz, 1996: 19)[25].

Para mostrar cómo esta objeción refuerza más que refuta su posición, Raz nos invita a considerar el problema de la interpretación en el arte. Una buena interpretación de una obra dramática o de una sonata de piano es, nos dice, una interpretación que combina *tradición* con *innovación* de la manera correcta, y esto hace que una teoría general de la interpretación sea imposible: «la innovación desafía generalizaciones. Una teoría de la originalidad, en este sentido, es auto-contradictoria» (Raz, 1996: 20). Hacia donde la objeción apunta, dice Raz, es que una teoría del razonamiento jurídico debería explicar «los dos aspectos del razonamiento jurídico. Por un lado el razonamiento jurídico pretende establecer el contenido de las directivas autoritativas. Por el otro lado, pretende suplementarlas, y a menudo modificarlas, a la luz de consideraciones morales» (Raz, 1996: 19). Pero cómo debe ser alcanzada la combinación precisa no es un problema que la teoría pueda responder, por lo que no puede reprocharse al positivismo que sea incapaz de ofrecer una teoría «auto-contradictoria» de la interpretación.

Quiero aceptar, para los propósitos del argumento, que una teoría de la interpretación es imposible porque «tradición» e «innovación» desafían cualquier generalización. *Antes* de que Raz pueda usar este argumento en apoyo de su teoría, sin embargo, debe mostrar por qué «innovación» es im-

---

rio. De hecho, creo (aunque no puedo detenerme aquí) que, en la medida en que defiende la versión amplia de la tesis de las fuentes sería Raz, y no el objetor, el que estaría comprometido con una dudosa tesis de que el razonamiento jurídico es todo de un tipo (por cuanto la segunda etapa identificada en la cita no se abriría nunca, o si se abriera no sería razonamiento jurídico, sino razonamiento moral acerca de la obligación de la corte de obedecer al derecho).

[26] El párrafo completo dice: «Lo mismo es verdadero de la interpretación de una obra dramática y de otras obras literarias. Una obra puede ser celebrada y (en el caso de una obra dramática) montada como una celebración del mundo natural, o como una reflexión utópica sobre ideales sociales. O puede ser vista como una exploración de la diferencia entre generaciones o alternativamente como una crisis de adolescencia e inmadurez. Aquí, también, incluso interpretaciones en contraste pueden ser consistentes con el original. La interpretación es la actividad que combina reproducción y creatividad. De ahí su importancia para el derecho [Hence its importance in law]» (RAZ, 1996: 20).

portante en el razonamiento jurídico. En vez de explicar esto, sin embargo, él muestra lo importante que la innovación es cuando lo interpretado es una obra dramática o una sonata para piano y luego (y de modo sorpresivo y, diría yo, sorprendente) sostiene que «de ahí la importancia [de la interpretación] en el derecho» (Raz, 1996: 20)[26]. No quiero emitir opinión alguna sobre las diferencias y similaridades de la interpretación en el derecho y las artes, pero es imposible no notar que, desde el punto de vista de Raz, debe haber una diferencia fundamental: *el derecho tiene autoridad*. Para Raz, que el derecho tenga autoridad implica, debe recordarse, que

> las cortes no considerarán argumentos morales sobre la deseabilidad de considerar un hecho determinado (*e.g.* una promulgación previa) como una razón para la acción sino, una vez que la existencia de ciertos hechos relevantes sea establecida conforme a argumentos moralmente neutros, sostendrán que ese hecho constituye una razón que ellas están obligadas a aplicar (Raz, 1980a: 214).

Y esto debe significar, si significa algo, que las cortes no se supone que deban «combinar originalidad con tradición» cuando ellas están aplicando el derecho, ellas deben simplemente constatar la existencia y el contenido de una directiva autoritativa y luego aplicarla. En conclusión, la tesis de Raz de que el razonamiento jurídico tiene dos dimensiones puede servirle de apoyo sólo si elude el problema, que es que la tesis de las fuentes no permite que el razonamiento jurídico muestre esas dos dimensiones.

De hecho, ¿por qué habría de ser interpretativo el razonamiento jurídico? Las respuestas de Raz es

> La explicación yace en la naturaleza autoritativa del derecho. Cuando estamos tratando de establecer el estatus jurídico de una acción, necesitamos determinar si alguna regla o doctrina autoritativamente válida se aplica a ella y si es así cómo. Esto significa establecer qué han hecho las autoridades, que decisiones han tomado y qué significan (Raz, 1996: 19).

Sin embargo, a menos que Raz quiera decir que determinar el significado de una directiva de autoridad (o su existencia como tal) es imposible sin considerar las razones morales que la directiva se supone aplica (en cuyo caso esa putativa directiva de autoridad no podría ser una directiva de autoridad), el *mero* hecho de que el razonamiento jurídico se refiere a identificar la existencia y determinar el contenido de directivas de autoridad no implica que el razonamiento jurídico debe tener esas dos dimensiones. Si recordamos la importancia que Raz daba a las dos condiciones no-morales de la autoridad legítima (a lo que más arriba fue identificado como «capacidad para tener autoridad»), yo creo que uno estaría tentado a decir que *precisamente* porque el razonamiento jurídico mira a establecer la existencia y determinar el contenido de directivas dotadas de autoridad no puede ser razonamiento moral, si la teoría raziana de la autoridad es correcta.

Hacia el final del artículo Raz nos recuerda que

> La prominencia del razonamiento interpretativo en el razonamiento jurídico resulta del hecho de que en el derecho los dos aspectos del razonamiento jurídico, esto es establecer el contenido de las directivas jurídicas dotadas de autoridad y establecer las (otras) consideraciones morales que se aplican al caso, están inextricablemente vinculadas (Raz, 1996: 22).

¿Pero no son esas otras consideraciones excluidas (pre-empted) por las directivas dotadas de autoridad? No decía Raz (en *Practical Reason and Norms*) que desde el punto de vista jurídico las reglas jurídicas eran estándares «todos los cuales deben ser aplicados por los órganos primarios [i.e cortes], excluyendo *todas* las razones en conflicto» (Raz, 1992: 143, mis cursivas)?

Si la tesis de las fuentes es correcta, el razonamiento jurídico no puede mostrar estas dos dimensiones, porque las reglas jurídicas excluyen todas las consideraciones que podrían constituir el segundo aspecto. Puede ser el caso, por supuesto, que una vez que se haya establecido la existencia de una regla y determinado su contenido la cuestión diferente de si (por razones morales) esa regla debe ser infringida tenga que ser considerada, pero en ese caso ya no estaríamos ante una instancia de razonamiento jurídico, sino ante razonamiento moral puro y simple. El razonamiento jurídico habría concluido antes de comenzar a considerar esta cuestión. Y aquí podemos volver a la objeción que Raz intentó responder. El pensaba que podía responder a la objeción simplemente sosteniendo que no había teoría posible de la interpretación. Si mi argumento es correcto, el problema que Raz debe responder primero es por qué la interpretación es importante en el derecho, por qué el razonamiento jurídico tiene esas dos dimensiones.

Respondiendo a una objeción levantada por Gerald Postema (1996), Raz ha hecho recientemente una nueva y significativa concesión para defender la tesis de las fuentes *y* negar que ella implica alguna forma de «autonomía» para el razonamiento jurídico: él ahora «rechaz[a] cualquier tesis de la autonomía del razonamiento jurídico, al menos si incluye algo más que razonamiento hasta la conclusión de que el contenido del derecho es tal y cual [... N]ingún razonamiento de este tipo puede justificar una decisión judicial en países del *Common law*», porque en ellos las cortes pueden recurrir a un número de «mecanismos para asegurar que la aplicación del derecho a un caso particular no es demasiado injusto» (Raz, 1998: 4).

Aquí la versión amplia de la tesis de las fuentes parece ser definitivamente abandonada. En (al menos) países del *common law*, *ningún* enunciado jurídico aplicado puede ser obtenido de un enunciado jurídico puro sin revisar consideraciones morales. Pero esta concesión tiene un precio. Raz ha sostenido antes que «de acuerdo a la tesis de las fuentes las cortes tienen

discreción cuando se les requiere que apliquen consideraciones morales» (Raz, 1979: 75). De modo que lo que Raz en este artículo dice es, de hecho (a menos que Raz olvide esa afirmación suya de 1979 y elabore una teoría de la interpretación de modo que las cortes no tengan discreción cuando apliquen criterios morales, posibilidad que, a su vez, él todavía en 1996 negaba), que las cortes *siempre* tienen discreción. Uno podría preguntarse como esto encaja dentro de la teoría de la autoridad de Raz, o qué sentido tiene sostener cualquier versión de la tesis de las fuentes si en definitiva las cortes (al menos en sistemas jurídicos del *common law*) *siempre tienen discreción.*

De hecho, en su *The Morality of Freedom* Raz respondió una objeción que parece similar al problema aquí discutido. En ese libro, Raz se preguntaba si una autoridad puede ser autoridad y al mismo tiempo estar sometida a la condición general de que «en cada caso las directivas dotadas de autoridad pueden ser vencidas o derrotadas si ellas se desvían mucho de las razones que ellas deben reflejar». Esta parece ser la posición en que los jueces de los sistemas del *common law* se encuentran *siempre*, según Raz en 1998. Pero en 1986 Raz vio que una concesión de esa naturaleza «derrota la *pre-emption thesis*, dado que requiere de cada persona que considere los méritos del caso antes de decidir si aceptar una directiva dotada de autoridad» (Raz, 1986: 61). De este modo, parece que Raz ahora se aferra a la tesis de las fuentes aunque para ello deba reconocer la implausibilidad de su teoría de la autoridad. En realidad si la teoría de la autoridad es abandonada, la tesis de las fuentes podría bien ser confinada a una versión actualizada del *Begriffshimmel* de Ihering [27].

Referencias

Alexy, R. (1989a): *Teoría de la Argumentación Jurídica*. Traducido por Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Alexy, R. (1989b): *A Theory of Legal Argumentation*. Traducido por Neil MacCormick and Ruth Adler. Oxford: Clarendon Press.

Atria, F. (MS): «The powers of application», en RATIO JURIS (de próxima aparición).

Atria, F. (1999): «Games and the Law: Two Models of Institution», en Archivs für Rechts- und Sozialphilosophie 85: 309-347.

Bankowski, Z. et al, eds. (1995): *Informatics and the Foundation of Legal Reasoning*. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers.

Bix, B. (1994): *Law, Language and Legal Determinacy*. Oxford: Clarendon Press.

Cohen, M. R. y E. Nagel (1934): *An Introduction to Logic and Scientific Method*. London: Routledge and Kegan Paul.

Coleman, J. (1996): «Authority and Reason», en George, ed. (1996).

[27] Ihering, 1900; véase Hart, 1970.

Dworkin, R. (1977): *Taking Rights Seriously*. Cambridge, MA: Harvard University Press.

Dworkin, R., ed. (1980): *La Filosofía del Derecho*. México: Fondo de Cultura Económica.

Dworkin, R. (1986): *Law's Empire*. London: Fontana.

Flew, A., ed. (1951): *Logic and Language*. Oxford: Basil Blackwell.

Fuller, L. (1958): «Positivism and Fidelity of Law-A Reply to Professor Hart», en HARVARD LAW REVIEW 71: 630-672.

Füßer, K. (1996): «Farewell to Legal Positivism», en George, ed. (1996).

George, R., ed. (1996): *The Autonomoy of Law*. Oxford: Clarendon Press.

Hart, H. L. A. (1958): «Positivism and The Separation Between Law and Morals», en Hart (1983).

Hart, H. L. A. (1963): *El Concepto de Derecho*. Traducido por Genaro Carrió. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Hart, H. L. A. (1967): «Problems of the Philosophy of Law», en Hart (1983).

Hart, H. L. A. (1970): «Ihering»s Heaven of Concepts and Modern Analytical Jurisprudence», en Hart (1983).

Hart, H. L. A. (1980): «El positivismo y la independencia entre el derecho y la moral», en Dworkin, R, ed. (1980).

Hart, H. L. A. (1983): *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford: Clarendon Press.

Hart, H. L. A. (1994): *The Concept of Law*. Oxford: Clarendon Press.

Ihering, R. (1900): *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*.

Kelsen, H. (1960): *Teoría Pura del Derecho*. Traducido por Roberto J Vernengo. México: Porrúa (1991).

Kneale, W. y M. Kneale (1962): *The Development of Logic*. Oxford: Clarendon Press.

MacCormick, N. (1974): «Law as Institutional Fact», en MacCormick y Weinberger (1986).

MacCormick, N. (1994): *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford: Clarendon Press.

MacCormick, N. (1995): «Defeasibility in Law and Logic», en Bankowski et al, eds. (1995).

MacCormick, N. y O. Weinberger (1986): *An Institutional Theory of Law*. Dordrecht: D. Reidel.

Marmor, A. (1994): *Interpretation and Legal Theory*. Oxford: Clarendon Press.

Marmor, A., ed. (1995): *Law and Interpretation*. Oxford: Clarendon Press.

Patterson, D. M., ed. (1992): *Wittgenstein and Legal Theory*. Boulder, Co: Westview Press.

Postema, G. J. (1996): «Law»s autonomy and public practical reason», en George, ed. (1996).

Pufendorf, S. (1688): *The Jure Naturae et Gentium Libri Octo*. Traducido por C. H. Oldfather y W. A. Oldfather. Oxford: Clarendon Press (1934).

Raz, J. (1979): *The Authority of Law*. Oxford: Clarendon Press.

Raz, J. (1980a): *The Concept of a Legal System*. Oxford: Clarendon Press.

Raz, J. (1980b): *El Concepto de Sistema Jurídico*. Traducido por Rolando Tamayo. México: UNAM.

Raz, J. (1985): «Authority, Law and Morality», en Raz (1994).

Raz, J. (1986): *The Morality of Freedom*. Oxford: Clarendon Press.

Raz, J. (1992): *Practical Reason and Norms*. Princeton: Princeton University Press.

Raz, J. (1993): «On the Autonomy of Legal Reasoning», en Raz (1994).

Raz, J. (1994): *Ethics in the Public Domain*. Oxford: Clarendon Press.

Raz, J. (1996): «On the Nature of Law», en ARCHIV FUR RECHTS-UND SOZIALPHILOSOPHIE, BD. 82: 1-25.

Raz, J. (1998): «Postema on Law»s Autonomy and Public Practical Reason: a critical comment», en LEGAL THEORY 4: 1-20.

Schauer, F. (1991): *Playing by the Rules*. Oxford: Clarendon Press.

Shiner, R. A. (1992): «The Acceptance of a Legal System», en Patterson, ed. (1992).

Waismann, F. (1951): «Verifiablity», en Flew, ed. (1951).

White, P. (1979): «Review (of Neil MacCormick»s *Legal Reasoning and Legal Theory*)», en MICHIGAN LAW REVIEW 78: 737-42.

Hugo R. Zuleta

ANÁLISIS LÓGICO-SEMÁNTICO DE LAS NORMAS JURÍDICAS: LAS NORMAS COMO CONTEXTOS NO EXTENSIONALES EN EL RAZONAMIENTO JURÍDICO

DOXA 22 (1999)

ANÁLISIS LÓGICO-SEMÁNTICO DE LAS NORMAS JURÍDICAS: LAS NORMAS COMO CONTEXTOS NO EXTENSIONALES EN EL RAZONAMIENTO JURÍDICO

Hugo R. Zuleta
Universidad de Buenos Aires

I. Las normas generales como condicionales

Las normas jurídicas generales pueden ser concebidas como enunciados que atribuyen determinadas consecuencias normativas a la presencia de ciertas circunstancias fácticas que se describen genéricamente mediante la mención de propiedades.

La interpretación de la estructura lógica de este tipo de normas presenta considerables dificultades. A primera vista parece razonable concebirlas como condicionales materiales cuyo antecedente hace referencia a algún tipo de evento, hecho, acción o estado de cosas, y cuyo consecuente menciona una acción genérica caracterizada deónticamente. Sin embargo, esto acarrea el inconveniente de que se puede obtener fácilmente, a partir de normas que se refieren a situaciones identificadas a través de propiedades lógicamente independientes, normas que vinculan las mismas circunstancias con exigencias incompatibles.

Por ejemplo, si la *norma 1* establece: $p \rightarrow OA$ y la *norma 2:* $q \rightarrow O \neg A$, se puede inferir de la primera, en virtud de la ley de refuerzo del antecedente, la *norma 1':* $(p.q) \rightarrow OA$, mientras que la segunda implica, por la misma ley, la *norma 2':* $(p.q) \rightarrow O \neg A$. De acuerdo con la terminología utilizada por Alchourrón y Bulygin (1974), diríamos que las normas *1'* y *2'* relacionan el mismo caso genérico, esto es, el definido por la presencia conjunta de las propiedades p y q, con soluciones incompatibles, lo que constituye una *contradicción normativa*.

Cabe advertir que en la obra citada las normas no son tratadas explícitamente como condicionales, de modo que no existe referencia explícita a la ley de refuerzo del antecedente. Sin embargo, esta ley opera a través de las relaciones entre universos de casos de distintos niveles (ver cap. VI, apartado 1), de modo que el tipo de contradicción indicada anteriormente aparece al pasar de los universos de casos definidos respectivamente por las propiedades p y q –UC(p) y UC(q)– a un universo de casos *más fino*, definido mediante ambas propiedades –UC(pq)–.

En un trabajo posterior, Alchourrón (1991) reconoce que la consecuencia apuntada no refleja adecuadamente, «en la mayoría de los casos», el modo de razonar de los juristas [1], y analiza tres formas de reconstruir las intuiciones de éstos:

(a) reformular el sistema considerando a una de las normas como una excepción a lo dispuesto por la otra;

(b) sostener que las normas condicionales sólo especifican deberes *prima facie*, que pueden resultar cancelados al presentarse ciertas circunstancias no contempladas en la norma –lo que importa renunciar tanto a la ley de refuerzo del antecedente como al *modus ponens*–, y

(c) establecer una relación jerárquica entre las normas, haciendo prevalecer una de ellas en las situaciones conflictivas.

Cada uno de estos procedimientos presenta algunos inconvenientes, como muestra Alchourrón convincentemente.

Sin embargo, el punto que me interesa destacar aquí es otro: que todos ellos tienen por objeto solucionar un real conflicto de normas. En efecto, en el ejemplo que presenta Alchourrón las normas son incompatibles, aunque las intuiciones de los juristas indiquen lo contrario, pues en los casos en que están presentes conjuntamente las propiedades mencionadas en los antecedentes de ambas normas sólo es posible aplicar una de ellas [2].

II. Problemas persistentes

A mi modo de ver hay cierto tipo de normas cuyo tratamiento por cualquiera de los procedimientos indicados anteriormente no logra reconstruir correctamente el razonamiento corriente de los juristas.

Ello es así porque una reconstrucción adecuada debería, en mi criterio, mostrar que las exigencias contenidas en las normas no son en realidad incompatibles, sino que todas son simultáneamente aplicables en los casos en que concurren las propiedades contempladas en los antecedentes de ambas.

Para mostrar el tipo de problema que deseo considerar tomaré ejemplos pertenecientes al campo del derecho tributario, donde coexisten normas que establecen la obligación de pagar impuestos cuando se realizan actividades

---

[1] Tratando un ejemplo en el que se produce una contradicción de este tipo (ver nota 2) dice Alchourrón: «Sin embargo, en la mayoría de los casos los juristas dirían que las normas en cuestión no establecen en absoluto conflictos de obligación» (p. 267).

[2] El ejemplo de Alchourrón consiste en el siguiente par de normas: «(1) Los jueces deben castigar a los que han cometido homicidio. (2) Los jueces no deben castigar a los menores de edad» (p. 267). Es evidente que en el caso de un homicidio cometido por un menor de edad no es posible aplicar ambas normas. La razón por la que los juristas no advierten el conflicto probablemente sea que dan por sentado, como si se tratara de una necesidad lógica, que la segunda prevalece sobre la primera.

de cierto tipo con otras que prevén la permisión de no pagar impuestos en ciertos casos.

Consideremos el sistema integrado por las siguientes normas:

Norma 1: Si alguien realiza una actividad onerosa habitual en el territorio de la Provincia de Buenos Aires debe pagar impuestos (por realizar esa actividad).

Norma 2: Si alguien transita de una provincia a otra, le está permitido no pagar impuestos (por transitar el territorio).

Ignoremos, por el momento, las cláusulas colocadas entre paréntesis. Tenemos, entonces, que hay una acción genérica, la de pagar impuestos, que está caracterizada deónticamente de distinta manera en ambas normas.

Si concebimos a las normas como condicionales materiales, encontramos que la *norma 1* posee la estructura «$p \rightarrow OA$», y la *norma 2*, la estructura «$q \rightarrow P \vdash A$». Como se vio en el apartado anterior, mediante la ley de refuerzo del antecedente se puede inferir de la primera la norma «$(p.q) \rightarrow OA$», y de la segunda, «$(p.q) \rightarrow P \vdash A$», con lo que obtenemos un sistema inconsistente.

Sin embargo, un jurista probablemente afirmaría que no existe inconsistencia alguna porque se trata de impuestos distintos. En efecto, como indican las cláusulas colocadas entre paréntesis, la *norma 1* establece un impuesto por la realización de una actividad onerosa en forma habitual, mientras que la exención prevista en la *norma 2* se refiere a la actividad de transitar el territorio, que es conceptualmente distinta.

La dificultad que me interesa destacar aparece cuando intentamos reconstruir adecuadamente esta idea con el aparato lógico de que disponemos.

Supongamos que una persona realiza una actividad onerosa habitual en el territorio de la provincia de Buenos Aires y que ésta consiste en trasladar pasajeros o mercaderías a otras provincias. ¿Debe pagar el impuesto establecido en la *norma 1* o su actividad está alcanzada por la exención prevista en la *norma 2*? Asumiré que la respuesta que se desea justificar es que debe pagar el impuesto por la actividad onerosa habitual y que esto no acarrera conflicto alguno con la norma 2, porque la actividad por la que tributa es conceptualmente distinta de aquélla por la que está exento, aunque en el caso sean llevadas a cabo a través de las mismas operaciones observables[3].

Para que pueda apreciarse con mayor claridad la intuición cuya reconstrucción me interesa presentaré un ejemplo en el que lo que está en juego no es la idea de contradicción sino la de redundancia normativa:

[3] Debo aclarar que no es mi intención sostener que ésta es la interpretación correcta en algún sentido trascendente, sino que las herramientas lógicas que he reseñado son inadecuadas para reconstruir el razonamiento de los jueces, en tanto ellos aceptan, como de hecho ocurre en la jurisprudencia actualmente prevaleciente, que ésta es la interpretación correcta.

Supongamos que una norma establece que cuando se presentan ciertas circunstancias, por ejemplo, que se celebre un contrato de compraventa, se debe pagar un impuesto de $1.000, y que otra norma prescribe que cuando acaecen otras circunstancias lógicamente independientes de las primeras, por ejemplo, que se obtengan ingresos extraordinarios, se debe pagar un impuesto de $1.000. Parece natural pensar que en el caso en que concurren ambos tipos de circunstancias, esto es, que la celebración del contrato de compraventa a la vez genera ingresos extraordinarios, hay que pagar $2.000, es decir, $1.000 por el concepto de «compraventa» y $1.000 por el concepto de «ingresos extraordinarios». Sin embargo, si analizamos la cuestión con las herramientas lógicas que hemos visto hasta el momento, o con el aparato conceptual de Alchourrón y Bulygin (1974), la conclusión será muy distinta. En efecto, la primera norma permite inferir, a través de la ley de refuerzo del antecedente –o de las relaciones entre universos de casos de distintos niveles–, que si se celebra un contrato de compraventa y se obtienen ingresos extraordinarios, se deben pagar $1.000. Lo mismo se puede inferir de la segunda norma. Por tanto, diríamos que nos encontramos con una redundancia normativa, porque ambas normas implican, para el caso en que concurren ambas circunstancias, la misma solución normativa, a saber, la obligación de pagar $1.000. Este resultado es, a mi entender, claramente contrario a los criterios de interpretación normalmente aceptados por los juristas.

III. Empleo de la lógica cuantificacional

Para analizar adecuadamente el problema no es suficiente el aparato de la lógica proposicional. El empleo de lógica cuantificacional, en cambio, permite detectar dónde reside la dificultad y cuál es el camino para la solución, como intentaré mostrar a continuación.

La interpretación de las fórmulas de la lógica cuantificacional requiere, entre otras cosas, que se defina el universo de entidades del que tomarán sus valores las variables individuales. Si bien esta cuestión es sumamente problemática en el ámbito de la lógica deóntica, para los fines de este trabajo supondré, siguiendo una propuesta de Hintikka (1971), que las entidades en cuestión son acciones individuales.

Utilizaré las letras «x» e «y» como variables de acciones individuales; «*a*» y «*b*», como constantes individuales; «F» representará el predicado monádico: «(_) ejemplifica una actividad onerosa habitual realizada en el territorio de la provincia de Buenos Aires»; «G» representará el predicado monádico: «(_)es una acción de transitar de una provincia a otra» y «H», el predicado diádico: «(_) es una acción de pagar impuestos por la realización

de (_)»[4]. Con estos elementos, parece que podríamos representar la estructura de las normas que estamos considerando de la siguiente manera:

(1) Norma 1: (x)(Fx→O(Ey) (Hyx))[5]

(2) Norma 2: (x)(Gx→P(y)⌐(Hyx))[6]

De 1 se puede inferir, por ejemplificación universal:

(3) F*a*→O(Ey) (Hy*a*)

A su vez, de (2) se infiere, en virtud de la misma regla:

(4) G*b*→P(y)⌐(Hy*b*)

Supongamos que el acto *a* efectivamente tiene la propiedad F, de modo que es verdad

(5) F*a*

y supongamos que *b*, a su vez, es un acto que tiene la propiedad G, por lo que también es verdad

(6) G*b*

De (3) y (5) se infiere, por *modus ponens*,

(7) O(Ey) (Hy*a*)

y de (4) y (6), también por *modus ponens*

(8) P(y)⌐(Hy*b*)

Supongamos ahora que *a* y *b* son en realidad el mismo acto

(9) *a* = *b*

La identidad nos autoriza a sustituir *b* por *a* en cualquier enunciado sin que se altere el valor de verdad. Por tanto, podemos hacer la sustitución en el enunciado «(y)⌐(Hy*b*)» que aparece en (8) a la derecha de «P» e inferir

(10) P(y)⌐(Hy*a*)

A partir de (7) y (10) obtenemos la conjunción:

(11) (O(Ey) (Hy*a*)) & (P(y)⌐(Hy*a*))

Es evidente que (11) es una contradicción normativa, ya que la fórmula ubicada inmediatamente a la derecha del operador «O» es la negación de la ubicada inmediatamente a la derecha del operador «P», de modo que su forma general es «O*p* & P⌐*p*».

La razón por la cual la generalidad de los jueces y juristas no encuentran contradicción alguna parece ser que no conciben a las normas tributarias como enunciados que relacionan simplemente el que acaezcan ciertos

---

[4] Siguiendo a Frege (1891), represento a los predicados como oraciones incompletas, con lugares vacíos que es adecuado llenar con términos singulares.

[5] Para todo *x*, si *x* ejemplifica una actividad onerosa habitual realizada en el territorio de la provincia de Buenos Aires, entonces es obligatorio que exista un *y* tal que *y* es una acción de pagar impuestos por la realización de *x*.

[6] Para todo *x*, si *x* es una actividad de transitar de una provincia a otra, entonces está permitido que para todo *y*, no sea el caso que *y* es una acción de pagar impuestos por la realización de *x*.

eventos con la obligación de pagar impuestos, o con la permisión de no pagarlos, sino que piensan que la forma en que éstos son presentados o descritos juega un papel esencial. En otras palabras, es necesario dar cuenta de la idea de que un mismo evento puede dar lugar a la aplicación de un impuesto *por determinado concepto* y a una exención impositiva *por otro concepto*, y que ello no involucra contradicción en tanto se trate de conceptos diferentes.

En mi opinión, la reconstrucción adecuada del razonamiento que subyace a cualquier interpretación que pueda ser considerada aceptable por los juristas debe apoyarse en la distinción entre contextos extensionales y no extensionales, como veremos a continuación.

IV. Contextos extensionales y no extensionales.

En la teoría del significado es común distinguir entre la extensión y la intensión de los términos y de las oraciones.

La extensión de un término general es el conjunto de entidades de las que el término puede predicarse con verdad. La intensión puede concebirse como la propiedad expresada por el término.

Las condiciones de identidad son distintas para las extensiones y para las intensiones. Dos términos generales determinan la misma extensión si y sólo si son predicados con verdad exactamente de las mismas entidades. En cambio pueden tener, aun en ese caso, distintas intensiones. Por ejemplo, si todas las cosas azules fueran redondas y todas las cosas redondas fueran azules, los términos «azul» y «redondo» tendrían de hecho la misma extensión, pero sus intensiones serían diferentes: las propiedades de ser azul y de ser redondo respectivamente.

Una dificultad con las intensiones es que no es claro en qué condiciones se puede afirmar que dos términos generales tienen la misma intensión, i.e. expresan la misma propiedad. Sin embargo, para los fines de este trabajo basta con admitir que la identidad de intensiones es condición suficiente para que dos términos sean lógicamente equivalentes. No es indispensable asumir, en cambio, que sea condición necesaria.

Con respecto a los términos singulares –nombres propios y descripciones definidas–, la distinción entre extensión e intensión corresponde aproximadamente a la efectuada por Frege (1892) entre la denotación (Bedeutung) y el sentido (Sinn) del término. La extensión es aquéllo a que el nombre o la descripción definida se refiere –cuando tal cosa existe–. La intensión de un nombre o de una descripción definida es el modo de presentación del objeto. La idea de Frege es que un objeto puede ser identificado de diversas maneras, y cada una de estas maneras de identificarlo puede dar lugar a un nombre propio. Estos nombres propios han de tener diferentes sen-

tidos, porque no es auto-evidente para un hablante competente del lenguaje que sean nombres del mismo objeto[7].

Por último, la extensión de una oración suele ser identificada con su valor de verdad, y su intensión, con la proposición expresada o con el sentido de la oración.[8]

Para los fines de este trabajo, es importante destacar:

(a) Para captar la intensión de una expresión sólo es necesario comprender el lenguaje al que esa expresión pertenece. En cambio, en general eso no es suficiente para conocer su extensión.[9]

(b) Que dos expresiones tengan la misma o distinta intensión es una cuestión semántica.

(c) Si dos expresiones tienen la misma intensión, necesariamente tienen la misma extensión.

(d) Si dos expresiones tienen distinta intensión, que tengan igual o distinta extensión es una cuestión fáctica.

Diré que una expresión ocurre *extensionalmente* en determinado lugar de una oración, y que el *contexto es extensional* respecto de esa expresión –en ese lugar– si la expresión es intercambiable, en ese lugar, por cualquier otra que tenga la misma extensión sin que se altere el valor de verdad de la oración. En caso contrario, diré que la expresión no ocurre extensionalmente y que *el contexto no es extensional* respecto de esa expresión en ese lugar.[10] Adviértase que una expresión puede ocurrir extensionalmente en un

---

[7] No resulta muy intuitivo hablar del sentido de un nombre propio, pues parece que el nombre se aplica a determinada cosa con total independencia de cualquier propiedad que esa cosa tenga y de cualquier propiedad que el nombre pueda expresar. Por eso, una importante línea filosófica, cuyos representantes más destacados son Mill, Russell y, más recientemente, Kripke, sostiene que los nombres propios genuinos sólo tienen extensión. Russell no considera a los nombres propios del lenguaje ordinario como nombres genuinos, sino como descripciones encubiertas, por lo que deben ser tratados del mismo modo que las descripciones definidas, las cuales son analizadas en términos de variables y predicados. Esto es relevante para el tratamiento de los nombres y descripciones definidas que no nombran nada, pero no necesitamos discutirlo en este trabajo.

[8] Es común que se identifique a la proposición con el sentido de una oración declarativa. Sin embargo, no todos los autores coinciden en esto. En Carnap (1947 y 1956), el criterio de identidad de las proposiciones está basado en la equivalencia lógica: dos oraciones expresan la misma proposición si y sólo si son lógicamente equivalentes. En cambio, la identidad de sentido se basa en lo que denomina «isomorfismo intensional», que es una relación más estricta que la equivalencia lógica. Como consecuencia, en su concepción todas las tautologías expresan la misma proposición, pero pueden tener diferentes sentidos.

[9] Una excepción son las oraciones lógicamente verdaderas o lógicamente falsas.

[10] Esta presentación sólo difiere de la de Carnap (1947 y 1956) porque este autor evita toda referencia expresa a extensiones e intensiones al definir las nociones de «contexto extensional» y «contexto intensional» (pp. 46 y ss.), pero sí recurre a estas nociones en las explicaciones extrasistemáticas.

lugar de una oración y no extensionalmente en otro lugar de la misma oración. Por ejemplo, en la oración: «Juan Pablo II eligió llamarse «Juan Pablo II» en homenaje a su predecesor» la primera aparición del nombre «Juan Pablo II» es extensional, ya que puede ser sustituida por «Karol Wojtyla» o cualquier otro nombre o descripción definida que identifique al mismo individuo sin que se altere el valor de verdad de la oración. Ello no ocurre, en cambio, con la segunda aparición.

Un tipo de enunciados que ha sido considerado como un caso típico de contextos no extensionales respecto de los términos singulares que aparecen en ellos lo constituyen los juicios modales.

Esta característica de los contextos regidos por operadores modales puede ilustrarse con un famoso ejemplo de Quine (1962). Tomemos los siguientes enunciados verdaderos:

(1) 9 es necesariamente mayor que 7

(2) el número de los planetas = 9

Si el numeral «9» ocurriera extensionalmente en (1), podría ser sustituido por «el número de los planetas», que tiene la misma extensión –como indica (2)– sin que se alterara el valor de verdad. Sin embargo, al efectuar la sustitución obtenemos el enunciado falso:

(3) El número de los planetas es necesariamente mayor que 7.

Esto tiene repercusión en el uso de los cuantificadores. Aparentemente, a partir de (1) podríamos inferir, en virtud de la regla de generalización existencial:

(4) (Ex) (x es necesariamente mayor que 7) [hay algo que es necesariamente mayor que 7]

Sin embargo, la oración (4) es extraña. Quine se pregunta: ¿cuál es esa cosa que es necesariamente mayor que 7? ¿Será el número 9, es decir, el número de los planetas? Como es obvio, cualquiera sea el número que mencione, podría también nombrarlo por medio de una descripción definida basada en características que ese número tiene contingentemente. Empero, por otra parte, parece razonable pensar que la cuestión de si una cosa tiene necesariamente una propiedad ha de ser independiente de la forma en que la nombremos.

Este problema parece replantear la antigua discusión sobre si las modalidades son *de re* o *de dicto*, es decir, si la necesidad es una propiedad metafísica que tienen las cosas o estados de cosas, o si se predica de los enunciados. En el primer caso, se podría considerar verdadero lo expresado en (4) y aun aceptar como verdadero, bajo cierta interpretación, que el número de los planetas es necesariamente mayor que 7.[11] Pero esto requiere que

[11] La oración «el número de los planetas es necesariamente mayor que 7» es en realidad ambigua. Puede querer decir: (a) que el número que en el mundo real es nombrado por la descripción definida «el número de los planetas» es mayor que 7 en todo mundo posible, o bien,

se divorcie la idea de necesidad de la de analiticidad, admitiendo que un estado de cosas puede ser necesario aunque la oración que lo exprese no sea analítica. En cambio, en la concepción de las modalidades como *de dicto* el enunciado (4) no es admisible: no tiene sentido decir que algo tiene *necesariamente* la propiedad de ser mayor que 7. Lo que tiene sentido es decir que la oración «9 es mayor que 7» es necesariamente verdadera. Y esto puede ser así y al mismo tiempo ser falso que la oración «el número de los planetas es mayor que 7» sea necesariamente verdadera, porque ambas oraciones tienen distinta intensión –expresan distintas proposiciones– y, mientras la primera es analítica, la segunda no lo es. Los problemas se presentan cuando se mezcla la cuantificación con una concepción de la necesidad basada en la analiticidad.[12]

Quine (1962) sugiere que una vía de solución para poder mantener la cuantificación en los enunciados modales podría consistir en que se manejen en forma totalmente independiente dos universos de discurso, uno formado por lo que llama «objetos extensionales», i.e. las extensiones, y otro por lo que llama «objetos intensionales», i.e. las intensiones, utilizando variables distintas –y también distintos criterios de identidad– para cada uno de estos universos.

V. La normas como contextos no extensionales

Cabe preguntarse si es adecuado considerar a las normas como contextos extensionales o como contextos no extensionales respecto de las acciones o circunstancias que se mencionan en ellas y, consiguientemente, si tales acciones o circunstancias han de ser tratadas como objetos extensionales o intensionales.

Para aclarar la pregunta conviene recordar que un mismo conjunto de movimientos corporales puede instanciar a la vez distintas acciones genéricas (p. ej. mover el interruptor de luz, iluminar la habitación, alertar al ladrón, despertar a mi esposa). Si se considera a las acciones individuales como objetos extensionales, estas instanciaciones serán consideradas como

(b) que, en todo mundo posible, el número que *en ese mundo* sea designado por la expresión «el número de los planetas» es en ese mundo mayor que 7. En la primera interpretación, la referencia queda fijada, y permanece la misma, i.e. el número 9, a través de todos los mundos posibles. De acuerdo con la terminología introducida por Kripke (1972 y 1980) se dirá que la descripción definida «el número de los planetas» se comporta como un *designador rígido*. En este caso la oración «el número de los planetas es necesariamente mayor que 7» es verdadera, y también lo es la oración (4) del texto. En la segunda interpretación, la referencia de la descripción definida «el número de los planetas» varía de un mundo a otro según cuantos planetas haya en ese mundo. Por tanto, la oración «el número de los planetas es necesariamente mayor que 7» es falsa, y también es falsa la oración (4) del texto.

[12] Una buena explicación de esta cuestión puede encontrarse en Orayen (1995).

distintas propiedades de la misma acción individual. En cambio, si se las concibe objetos intensionales, se dirá que son acciones diferentes.

En forma más general, en relación a todo tipo de acontecimientos, sean acciones o no, esta diferencia de tratamiento, como objetos intensionales o extensionales, se puede encontrar reflejada en la distinción entre hechos y eventos.

En este sentido, Bennett (1988) señala que tanto los nombres de hechos como los de eventos pueden ser derivados de oraciones, pero, en el caso de los hechos, dos nombres derivados de oraciones que no sean lógicamente equivalentes no pueden ser nombres de un mismo hecho, mientras que ello no ocurre con los nombres de eventos.[13] Bennett ilustra este punto con el siguiente ejemplo:

De la oración «Bernard viajó una sola vez en su vida a Calais», podemos derivar el nombre de evento:

(e1) su viaje a Calais

y el nombre de hecho:

(h1) el hecho de haber viajado a Calais

Si ahora agregamos que este viaje lo realizó cruzando a nado el Canal de la Mancha, podemos derivar:

(e2) su cruce a nado del Canal

(h2) el hecho de haber cruzado el Canal a nado

Mientras (e1) y (e2) nombran, según Bennett, el mismo evento, (h1) y (h2) no nombran el mismo hecho. En efecto, su cruce a nado del Canal tiene que ser su viaje a Calais, porque si no fuera así, argumenta este autor, o bien tendría que ser verdad: (a) que su cruce a nado del Canal no fue un viaje a Calais, o bien (b) que no fue su único viaje a Calais. Pero (a) es falso porque, si el cruce a nado lo llevó a Calais, parece claro que fue un viaje a Calais, y (b) también es falso, porque es absurdo sostener que fue a Calais una sola vez en su vida pero hizo más de un viaje a Calais (p. 11).

Por otro lado, Bennet apoya su afirmación de que (h1) y (h2) identifican distintos hechos en que no son intercambiables en explicaciones causales. Por ejemplo, puede ser verdad que Bernard se resfrió por el hecho de haber cruzado a nado el Canal y, a la vez, ser falso que se resfrió por el hecho de haber viajado a Calais. Paralelamente, es posible que yo esté sorprendido por el hecho de que haya viajado a Calais y no lo esté por el hecho de que haya cruzado a nado el Canal.

---

[13] «... any difference in content between two such fact names -corresponding to any failure of logical equivalence between the parent sentences- makes them names of different facts. If S_1 is not interdeducible with S_2, then the fact that [S_1], if there is such a thing, is not the fact that [S_2].» (p. 9).

Volvamos ahora a la pregunta inicial de este apartado. Si se tiene en cuenta que la lógica deóntica se desarrolló, al menos en una de sus vertientes más importantes, como una rama de la lógica modal, cabría esperar que el tratamiento de las normas como contextos extensionales presentara dificultades similares a las señaladas por Quine con relación a la lógica modal y, consiguientemente, podría parecer adecuado considerarlas como contextos no extensionales.

Sin embargo, no es evidente que esto pueda ser afirmardo de manera general. Supongamos, por ejemplo, que una norma establece que está prohibido matar. Parece claro que, de acuerdo con esta norma, deberíamos entender que la realización voluntaria de un determinado conjunto de movimientos corporales que tenga como consecuencia la muerte de una persona está prohibida, cualquiera sea la forma en que lo describamos. En otras palabras, el hecho de que podamos identificar ese conjunto de movimientos como una acción de matar, y también como la acción de disparar un revólver, o de apretar un gatillo, o de provocar un estruendo, no hace que lo consideremos prohibido bajo una descripción y no bajo otra. Por el contrario, parece que basta con que haya una descripción de ese conjunto de movimientos bajo la cual está caracterizado como prohibido, es decir, que de hecho tenga las propiedades mencionadas en la norma, para que se considere que está prohibido. Si, en determinadas circunstancias, la acción de contraer el índice de la mano derecha es idéntica a la acción de matar, entonces está prohibido contraer el índice de la mano derecha en esas circunstancias. En términos generales, esto significa que si está prohibida la acción individual a y $a=b$, entonces está prohibida b, aun cuando aceptemos un criterio de identidad de acciones que las trate como objetos extensionales, es decir, que admita que dos nombres o descripciones definidas que no sean sinónimos o lógicamente equivalentes pueden identificar la misma acción.

Sin embargo, este tratamiento no parece satisfactorio para abordar el problema que nos ocupó en los apartados II y III.

En efecto, allí obteníamos una contradicción a partir de admitir la identidad entre dos acciones individuales (ap. III, paso 9) que habían sido caracterizadas a través de propiedades lócgicamente independientes: F y G respectivamente. Como vimos, la contradicción, en este caso, no resultaba acorde con las intuiciones prevalecientes de los juristas.

Mostraré ahora cómo, siguiendo la sugerencia de Quine de manejar dos universos distintos, totalmente independientes entre sí, uno de objetos intensionales y otro de objetos extensionales, con diferentes variables para cada universo, la contradicción no se produce.

Para ello reproduciré el argumento desarrollado en el apartado III, manteniendo la interpretación que allí se indicó y el universo de discurso de las

variables individuales allí empleadas como un universo de objetos extensionales; es decir que continuaré tratando a las acciones individuales como objetos extensionales. Sin embargo, agregaré las letras λ y ϕ como variables, y α y β como constantes, que se interpretan en otro universo de discurso, integrado por objetos intensionales, a los que llamaré «atributos». Las condiciones de identidad de estos objetos no son del todo claras pero asumiré que la equivalencia lógica de dos nombres o descripciones definidas es condición necesaria para que sean nombres de la misma entidad.

Con este agregado, analizaré la estructura de las normas 1 y 2 del apartado III de la siguiente manera:

(1) Norma 1: $(x)\,(\lambda)\,((Fx \,\&\, \lambda =$ el atributo de x de ser F$) \rightarrow O(Ey)\,(Hy\lambda))$

(2) Norma 2: $(x)\,(\phi)\,((Gx \,\&\, \phi =$ el atributo de x de ser G$) \rightarrow P(y) \lceil (Hy\phi))$

(3) $(Fa \,\&\, \alpha =$ el atributo de *a* de ser F$) \rightarrow O(Ey)\,(Hy\alpha)$ –de 1 por ejemplificación uiversal

(4) $(Gb \,\&\, ß =$ el atributo de *b* de ser G$) \rightarrow P(y) \lceil (Hyß)$ –de 2 por ejemplificación universal

(5) $Fa \,\&\, \alpha =$ el atributo de *a* de ser F –hipótesis

(6) $Gb \,\&\, ß =$ el atributo de *b* de ser G –hipótesis

(7) $O(Ey)\,(Hy\alpha)$ –de 3 y 5 por *modus ponens*

(8) $P(y) \lceil (Hyß)$ –de 4 y 6 por *modus ponens*

(9) $a = b$

Como podermos observar, no es posible continuar, a partir de aquí, con el razonamiento que nos llevó a obtener una contradicción. En efecto, aun admitiendo la identidad de las acciones *a* y *b*, esto no nos permite efectuar la sustitución que antes se había hecho en (8), porque ahora no figura *b* sino ß en esa línea y, por cierto, la identidad entre *a* y *b* no implica la identidad entre α y ß, pues estos últimos, al ser objetos intensionales, tienen condiciones de identidad más estrictas. Esto parece reflejar de forma más adecuada el modo de razonar de los juristas al interpretar normas que establecen obligaciones y exenciones impositivas.

VI. Conclusión

En suma, el análisis llevado a cabo en este trabajo pretende mostrar:

(i) Que la reconstrucción adecuada de ciertas formas de razonamiento jurídico requiere la utilización de las herramientas de la lógica cuantificacional.

(ii) Que la utilización de esta herramienta pone de manifiesto que existen graves dificultades para determinar el tipo de entidades que integran el universo de discurso de las variables.

(iii) Que una de esas dificultades reside en que, mientras en algunos contextos parece adecuado concebir a esas entidades como objetos extensiona-

les, a la manera de eventos, en otros resulta más adecuado concebirlas como objetos intensionales, lo que se acerca más a la forma en que son tratados los hechos.

Referencias bibliográficas

Alchourrón, Carlos E. y Bulygin, Eugenio (1974): *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea.

Alchourrón, Carlos E. (1991): «Condicionalidad y la representación de las normas jurídicas», en Alchourrón, Carlos E. y Bulygin, Eugenio: *Análisis lógico y Derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

Bennett, Jonathan (1988): *Events and their Names*, New York, Oxford University Press.

Carnap, Rudolf (1947 y 1956): *Meaning and Necessity*, Chicago, The University of Chicago Press.

Frege, Gottlob (1891): «Función y concepto». Traducción al castellano publicada en Frege, Gottlob: *Escritos lógico-semánticos*, Madrid, Tecnos, 1974.

Frege, Gottlob (1892): «Sobre el sentido y la denotación». Traducción al castellano publicada en Simpson, Thomas Moro (comp.): *Semántica filosófica: problemas y discusiones*, Buenos Aires, Siglo XXI, 1973.

Hintikka, Jaakko (1971): «Some Main Problems in Deontic Logic», en Hilpinen, Risto (ed.): *Deontic Logic: Introductory and Systematic Readings*, Dordrecht, D. Reidel, 1971.

Kripke, Saul (1972 y 1980): *Naming and Necessity*, Oxford, Blackwell.

Orayen, Raúl (1995): «Lógica modal», en Alchourrón, Carlos E., Méndez, José M. y Orayen, Raúl (eds.): *Lógica* (*Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*, volumen 7), Madrid, Ed. Trotta y C.S.I.C., 1995.

Quine, Willard V.O. (1962): «Referencia y modalidad», en Quine, Willard V.O. *Desde un punto de vista lógico*, Barcelona, Ariel.

Claudio Luzzati

«MÁS ALLÁ DE KELSEN. MONISMO Y PLURALISMO EN EL DERECHO INTERNACIONAL»

DOXA 22 (1999)

MÁS ALLÁ DE KELSEN MONISMO Y PLURALISMO EN EL DERECHO INTERNACIONAL

Claudio Luzzati
Universidad de Milán

So wie, solange es eine Religion gibt, es eine dogmatische Theologie geben muß, die durch keine Religions-Psychologie oder -Soziologie zu ersetzen ist, so wird es –solange es ein Recht gibt– eine normative Rechtslehre geben.

Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre* (1934), Aalen, Scientia Verlag, 1985, p. 37.

1. Introducción

Las consideraciones de Kelsen en torno al derecho internacional no pueden aislarse del cuerpo total de la teoría pura [1]. La no neutralidad científica de Kelsen como internacionalista –puesta de relieve por muchos autores [2]– es simplemente el reflejo de la no neutralidad científica de Kelsen como teórico general del derecho. No cabe, pues, pensar en un descenso momentáneo y sectorialmente circunscrito de la pureza de la doctrina kelseniana en el campo internacionalista.

Por otra parte, tratar de demostrar que Kelsen no es avalorativo, como él mismo pretende, y que la teoría pura no es en realidad pura, constituye ya uno de los ejercicios intelectuales más estériles y devaluados que cabe imaginar.

Entre los aspectos en discusión de la teoría internacionalista de Kelsen se cuentan, en la medida en que se trata de aspectos valorativa y políticamente comprometidos, los dos puntos siguientes:

a) la reducción del derecho a un conjunto de técnicas coercitivas y

b) la visión monista del derecho, de acuerdo con la cual el ordenamiento estatal sería un ordenamiento parcial sometido al ordenamiento internacional.

En esta sede me ocuparé del primer punto sólo fugazmente, limitándome a hacer una alusión breve e ineludible a los problemas que comporta

[1] Cfr. R. MONACO, «Kelsen e la teoria del diritto internazionale», en C. ROEHRSSEN (ed.), *Hans Kelsen nella cultura filosofico-giuridica del novecento,* Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1983, 39-51, p. 42.

[2] Cfr. p. ej. M. GIULIANO, *La comunità internazionale e il diritto*, CEDAM, Padua, 1950, cap. III, en particular pp. 120 ss., 127-129, y R. AGO, *Scienza giuridica e diritto internazionale*, Giuffrè, Milán, 1950, 7-8, pp. 31-42.

(vid. infra § 2) , y, a cambio, me concentraré en el segundo aspecto (vid. infra § 3 ss.). Este es, a mi juicio, el más interesante y actual, puesto que su examen nos lleva a analizar las razones por las cuales la epistemología jurídica neokantiana de Kelsen resulta del todo inadecuada (vid. infra §§ 5-6); además, tal examen nos obliga a explorar las posibles alternativas a las posiciones del jurista de Praga en materia de teoría general del derecho y de metodología (vid. infra § 7ss.). A mi juicio, la contraposición entre pluralismo y monismo en el derecho internacional funciona como un papel de tornasol que contrasta algunas cuestiones teóricas de fondo; y como quiera que sea discutible que un Kelsen sin Kant [3] pueda resistir un análisis crítico riguroso, de su contraposición surge con fuerza la necesidad de ir más allá de Kelsen sin dispersar el patrimonio de reflexiones acumulado por este autor. Una invitación como ésta a la superación de Kelsen puede sonar algo trasnochada –especialmente en el panorama filosófico europeo donde tal superación se consumó hace ya tiempo– , pero se justifica en la medida en que todavía queda abierto un importante problema: el de decidir qué tesis constituyen una auténtica superación de Kelsen y cuáles, por el contrario, representan simplemente una vuelta a viejas posiciones prekelsenianas.

2. Derecho y fuerza

Como es sabido, Kelsen considera, dando continuidad a la tradición del iuspositivismo decimonónico [4], que:

> «En cuanto orden coactivo (*als Zwangsordnung*), se diferencia el derecho de otros sistemas sociales. El momento de coacción (*das Zwangsmoment*) –es decir, la circunstancia de que el acto estatuido por el orden como consecuencia de un hecho considerado como socialmente dañino, deba llevarse a cabo inclusive contra la voluntad del hombre a que toca y, en caso de oposición, recurriendo a la fuerza física– es el criterio decisivo» [5].

---

[3] Cfr. S. L. PAULSON, «Kelsen without Kant», texto leído y discutido en la Universidad de Génova el 6 de diciembre de 1991 y en la Universidad de Salerno el 10 de diciembre de 1991, trad. it. «Kelsen senza Kant» de M. Ricciardi, en *RIFD*, 69 (1992), 404-417.

[4] Cfr. H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, I edic., Deuticke, Leipzig y Viena, 1934, reimpr. a cargo de. S. L. Paulson, Scientia, Aalen, 1985, § 12, p. 25, trad. it. *Lineamenti di dottrina pura del diritto* di R. Treves, Einaudi, Turín, 1970, p. 66, trad. cast. de Moisés Nilve, *Teoría pura del derecho,* EUDEBA, Buenos Aires, 1977, pp. 82 ss. [en lo sucesivo, se consignará la traducción al castellano de las obras y se citará por ella cuando haya estado disponible; en los demás casos, normalmente se traducirá al castellano salvo que el autor haya citado en la lengua original N.T.]

[5] H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, II edic., Deuticke, Viena, 1960, § 6, b, p. 36, trad. it. *La dottrina pura del diritto* di M. G. Losano, Einaudi, Turín, 1966, p. 46; trad. cast. de Roberto J. Vernengo, *Teoría pura del derecho*, Porrúa, México, reimpr. 1991, p. 48. Cfr. también ID., *Principles of International Law*, Rinehart, Nueva York, 1952, pp. 4-5, y «Théorie du droit international public», en *Recueil des Cours de l'Académie de droit international*, 1953, III, vol. 84, 1-203, pp. 13-14. V., y, en fin, H. KELSEN, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwic-*

De otro lado, Kelsen observa que

> «Es por eso, dudoso que, en general (*überhaupt)*, sea posible establecer una distinción entre sistemas sociales con sanciones y sin sanciones. La distinción únicamente relevante entre los sistemas sociales no radica en que unos estatuyan sanciones y los otros no, sino en los diversos tipos de sanciones (*sondern in den verschiedenen Arten von Sanktionen)»* [6].

En concreto,

> «Las sanciones estatuidas por un orden jurídico son, a diferencia de las trascendentes, socialmente inmanentes y, a diferencia de las que consisten en la mera aprobación o desaprobación, son sanciones socialmente organizadas (*gesellschaftlich organisierte Sanktionen*)» [7].

En síntesis, las sanciones jurídicas –a diferencia de las reacciones espontáneas de los ciudadanos– están institucionalizadas y consisten en privaciones coactivas de la vida, de la libertad, de bienes económicos o de otro género, como consecuencia de las condiciones determinadas por el derecho. Para Kelsen, la coercitividad sirve entonces como elemento diferenciador de los ordenamientos jurídicos respecto de otros órdenes sociales [8]. Esto no significa, naturalmente, que se deba hacer uso de la coacción física cada vez que se sigan las normas jurídicas; tal eventualidad sólo se verifica en los casos en que se oponga resistencia a la ejecución, lo cual no sucede normalmente [9].

Por eso, en la teoría pura se establece un nexo inescindible entre la juridicidad y la posibilidad del uso de la fuerza. Las normas jurídicas, en cuan-

---

kelt aus der Lehre vom Rechtssatze (19111, 19232), trad. it. parcial. de A. Carrino *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico esposti a partire dalla dottrina della proposizione giuridica*, I, ESI, Nápoles, 1991, Prefacio a la II edición, p. 17; trad. cast. de Wenceslao Roces, *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado (Desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica),* Porrúa, México, 1987, p. XLIV: «Parece que sin recurrir al factor de la coacción, no es posible llegar a formular un concepto de la norma jurídica en que se acuse la diferencia específica entre ésta y la norma moral». Para una crítica de las posiciones de Kelsen, v. N. BOBBIO, voz «Sanzione», *en Novissimo Digesto Italiano*, XVI, UTET, Turín, 1969, pp. 530-540, especialmente pp. 537 ss.

[6] H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, II edic., cit., § 5, b, p. 29, trad. it. cit., p. 39, trad. cast. cit., p. 42. Cfr. también ID., *General Theory of Law and State*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) 1945, remipr. 1949, p. 16, trad. it. Teoria generale del diritto e dello stato di S. Cotta e G. Treves, Etas, Milano 1978 (I edic. it., Comunità, Milano 1952), p. 16, trad. cast. de Eduardo García Máynez, *Teoría general del Derecho y del Estado,* UNAM, México, 1979, p. 18.

[7] H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, II edic., cit., § 6, b, p. 35, trad. it. cit., p. 45, trad. cast. cit. p. 47.

[8] Cfr. H. KELSEN, «Théorie générale du droit international public. Problèmes choisis», en *Recueil des Cours de l'Académie de droit international*, 1932, IV, vol. 42, 117-351 p. 124: «Le droit est un ordre de contrainte: les normes constitutives d'un ordre juridique prescrivent la contrainte. Elles déterminent les conditions auxquelles seules la contrainte physique peut, doit être employée par un homme envers un autre. Si la société ne connaissait plus la contrainte, le règlement des actions humaines cesserait d'être du droit».

[9] Cfr. H. KELSEN, Reine Rechtslehre, II edic., cit., loc. ult. cit.

to tales, son reducidas al rígido esquema de las normas sancionadoras; y cuando una norma no se ajusta a tal esquema, ya no es considerada una norma autónoma, sino un simple fragmento de norma [10]. Adviértase que no cabe objetar que Kelsen previera otro criterio de juridicidad sin referencia directa a la coacción: el dinámico de la validez entendida como pertenencia (*membership)* a un cierto ordenamiento jurídico [11]. En efecto, la validez dinámica, a pesar de estar determinada necesariamente sobre la base de los parámetros meramente «formales» de la competencia y del procedimiento –a los que podrán añadirse parámetros materiales– reposa siempre en última instancia sobre la norma fundamental, la cual es reformulable así: «*la coacción* (*Zwang*) debe ser puesta en las condiciones del modo que haya sido determinado por el primer constituyente o por los órganos delegados por él» [12]. «Junto con la norma fundante», aclara Kelsen, «*se da por supuesta también la definición en ella contenida, del derecho como norma coactiva*» [13].

Este complejo entramado de derecho y poder (*Macht*) surge también por lo demás de otra tesis kelseniana, que hace concesiones relevantes a los realistas: la tesis según la cual la eficacia es a grandes rasgos condición de la validez de un ordenamiento coactivo que se considere derecho y –en la *Reine Rechtslehre* de 1960– incluso de la validez de las normas jurídicas individuales. La solución expuesta por la teoría pura entonces

> «...no es más que la formulación científica exacta de la vieja verdad: el derecho, por cierto, no puede darse sin poder, pero, con todo, no es idéntico al poder. Es, en el sentido de la teoría aquí desarrollada, un determinado orden (u organización) del poder» [14].

---

[10] Cfr. H. KELSEN, op. ult. cit., § 6, y (*Unselbständige Rechtsnormen*), pp. 55 ss., trad. it. cit., pp. 68 ss., trad. cast. cit., pp. 67 ss.

[11] Cfr. H. KELSEN, op. ult. cit., § 6, a, p. 32, trad. it. cit., pp. 42-43, trad. cast. cit., pp .44-45. Vid. también ID., «Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public», en *Recueil des Cours de l'Académie de droit international*, 1926, IV, vol. 14, 217-331, p. 266: «Si, par exemple, le droit et la morale constituent deux systèmes normatifs différents, ce n'est point parce que ni dans la mesure où celui-là règle la conduite extérieure des hommes et celle-ci leur conduite intérieure, mais seulement parce que et dans la mesure où ils procèdent de deux sources différentes, indépendantes l'une de l'autre. Deux ordres différents par leur source peuvent tout aussi bien différer également par leur contenu qu'avoir au contraire, en tout ou en partie, le même objet».

[12] H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, I edic., cit., § 28, pp. 65-66, trad. it. cit., p. 98, trad. cast. cit., p. 75, cursivas mías. Vid. también ID., *Reine Rechtslehre*, II edic., cit., § 6, d, p. 51, y § 34, c, pp. 203-204, trad. it. cit., pp. 63-64 y 226, trad. cast. cit., p. 63 y p. 208.

[13] H. KELSEN, op. ult. cit., p. 51, trad. it. cit., pp. 63-64, trad. cast. cit., p. 63, cursivas mías. Kelsen añade en nota 40: «Pero la norma fundante no es idéntica con la definición que contiene. En cuanto norma, no constituye un concepto», reenviando a la importante nota de p. 17. Vid. también pp. 54-55, trad. it. cit. p.67, trad. cast. cit., p. 66.

[14] H. KELSEN, op. ult. cit., § 34, g, p. 221, trad. it. cit., p. 243, trad. cast. cit., p. 225. Vid. también, ID., «The Law as a Specific Social Technique», en *University of Chicago Law Review*, 9 (1941), 75-97, trad. it. «Il diritto come specifica tecnica sociale» de R. Guastini, in H. KEL-

Kelsen subraya que «el derecho no se caracteriza como un fin, sino como un medio específico» [15]. Pero precisamente esta concepción del derecho como «una técnica social»que se sirve de la coacción y que requiere una organización más o menos centralizada deteriora la coherencia del planteamiento antiteleológico de Kelsen: el derecho, en efecto, asume la función general de limitar el uso indiscriminado de la fuerza, promoviendo la paz, según un primer planteamiento abandonado más tarde [16], o, –como Kelsen dijo posteriormente con una «no leve modificación» de sus posiciones precedentes– garantizado la «seguridad colectiva» [17]. El derecho, por tanto, tiene un fin, si bien se trata de un «fin que tiene valor instrumental», en cuanto sirve de «condición preliminar para alcanzar otros fines» [18].

El derecho internacional es configurado por Kelsen, al igual que cualquier otro derecho, como un ordenamiento coactivo que prevé sanciones es-

---

SEN, *La teoria politica del bolscevismo e altri saggi*, Il Saggiatore, Milano 1981, 94-120, trad. cast. de A. Calsamiglia, «El Derecho como técnica social específica», en H. KELSEN, *¿Qué es justicia?,* Ariel, Barcelona, 1991, pp. 152-182.

[15] H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, I edic., cit., § 14, c, p. 32, trad. it. cit., p. 71, trad. cast. cit., p. 74.

[16] Cfr. H. KELSEN, *General Theory of Law and State*, cit., pp. 21-23, trad. it. cit., pp. 21 ss., trad. cast. cit., 21 ss. Vid. también ID., *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und Rechtspositivismus* (1928), reimpr. en H. KLECATSKY-R. MARCIC-H. SCHAMBECK (eds.), *Die Wiener rechtstheoretische Schule*, Europa Verlag, Viena-Salzburgo-Munich, 1968, I, 281-350, trad. it. *La dottrina del diritto naturale ed il positivismo giuridico* de S. Cotta y G. Treves en apéndice a H. KELSEN., *Teoria generale del diritto e dello stato*, cit., 395-454, p. 449; ID., *Théorie générale du droit international public. Problèmes choisis*, cit., p. 125; ID.,»The Metamorphoses of the Idea of Justice», en AA.VV., *Interpretations of Modern Legal Philosophies. Essays in Honour of Roscoe Pound*, O.U.P., Nueva York 1947, trad. it. «Le metamorfosi dell'idea di giustizia» de A. Carrino, en ID., *L'anima e il diritto*, Edizioni Lavoro, Roma, 1989, 93-135, p. 104.

[17] Cfr. H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, II edic., cit., § 6, b, en particular p. 40, trad. it. cit., p. 51, trad. cast. cit., p. 52, donde, entre otras cosas, se observa: «mientras en las relaciones entre los Estados, la guerra no se encuentre prohibida por el derecho internacional, no podrá sostenerse buenamente que el vivir bajo el derecho sea una situación pacífica, que el asegurar la paz (*ein Friedenszustand*) sea una función esencial (*eine wesentliche Funktion*) del derecho». Cfr. asimismo op. cit., § 11, pp. 66-67, trad. it. cit., p. 80, trad. cast. cit., 77-78, § 34, h, p. 223, trad. it. cit., p. 246, trad. cast. 225 ss., al que se añade H. KELSEN, *The Law of United Nations. A Critical Analysis of its Fundamental Problems*, Stevens & Sons, Londres 1950, cap. II. Sobre estos problemas vid. también N. BOBBIO, «Hans Kelsen», in *RIFD*, 50 (1973), 426-449, reimpr. en ID., *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, 187-215, Comunità, Milán, 1977, pp. 211 ss., trad. cast. de Alfonso Ruíz Miguel, «Estructura y función en la teoría del Derecho de Kelsen», en *Contribución a la teoría del Derecho,* Debate, Madrid, 1990, 235-254, pp. 251 ss.; S. COTTA, *Dalla guerra alla pace*, Rusconi, Milán 1989; L. CIAURRO, «Un diritto internazionale per la pace», nota introductoria a la trad. de H. KELSEN, *Peace trough Law* (1944), *La pace attraverso il diritto* di L. Ciaurro, Giappichelli, Turín 1990, trad. cast., *La paz por medio del derecho,* Losada, Buenos Aires, 1946; A. CARRINO, *L'ordine delle norme. Politica e diritto in Hans Kelsen*, II edic., ESI, Nápoles 1990 (I edic. 1984), cap. IV; P. BORSELLINO, *Norberto Bobbio metateorico del diritto*, Giuffrè, Milán 1991, cap. IV.

[18] N. BOBBIO, op. ult. cit., loc. cit.

pecíficas –la guerra y la represalia– como consecuencias de unos actos ilícitos [19].

No es éste el lugar para dar cuenta de las innumerables discusiones a las que ha dado lugar la tesis kelseniana de que la guerra entablada por un Estado contra otro es o bien una sanción descentralizada –autorizada por el derecho internacional concebido como derecho primitivo– o bien un delito [20]. De hecho, mi objetivo no es tanto establecer si el reduccionismo kelseniano del derecho a ordenamiento coactivo y de la norma jurídica a norma sancionadora sea aceptable, cuanto mostrar cómo un reduccionismo tal pueda ser aceptado –o rechazado– invocando sólo criterios valorativos. Me basta con cuestionar que esta interpretación del derecho internacional como conjunto de normas disciplinantes del uso de la fuerza en las relaciones internacionales sea simplemente el replanteamiento de las tesis de fondo de Kelsen; por otra parte, tales tesis hacen imposible una aproximación metodológicamente neutral: una vez determinado convencionalmente el contenido, o sea el objeto, del derecho por medio de una opción redefinitoria de tipo latamente político, el formalismo jurídico en su totalidad se convierte para el teórico del derecho y para el jurista positivo en una alternativa que ya no se puede proponer [21].

Kelsen, por otra parte, demuestra en ciertos períodos una notable consciencia del valor político de su propia posición acerca de las relaciones entre derecho y fuerza, posición de la que derivan lógicamente sus conclusiones sobre las sanciones del ordenamiento internacional. Intentaré ilustrar sumariamente esta afirmación con tres citas.

1) Al inicio de los *Principles of International Law* se nos pregunta: «but is so called international law law in the same sense as national or municipal

---

[19] Cfr. p. ej. H. KELSEN, «The Essence of International Law», en K. W. DEUTSCH y S. HOFFMANN (eds.) *The Relevance of International Law. Essays in Honour of Leo Gross*, Shenkman Publishing Company, Cambridge 1968, pp. 85 ss. Aprovecho la oportunidad para señalar la tesis de licenciatura de ANNALISA MERCIAI, *Sanzione e diritto internazionale nella concezione di Hans Kelsen*, relator U. Scarpelli, Università degli Studi di Milano, Facoltà di Giurisprudenza, año académico 1985-1986.

[20] Cfr. H. KELSEN, *General Theory of Law and State*, cit., p. 340, trad. it. cit., p. 345, trad. cast. cit., p. 394; ID., *Principles of International Law*, cit., pp. 25 ss.; ID., *Reine Rechtslehre*, II edic., cit., § 42, a, pp. 322-323, trad. it. cit., p. 354, trad. cast. cit., p. 324. Por otra parte, la ejecución es autorizada por el ordenamiento, pero no es necesariamente prescrita, cfr. op. ult. cit., § 6, d, p. 52, trad. it. cit., p. 64, trad. cast. cit., 64.

[21] Cfr. N. BOBBIO, *Il positivismo scientifico, Lezioni di Filosofia del diritto raccolte dal dott. N. Morra (anno accademico 1960-1961),* reimpr. Giappichelli, Turín 1979, pp. 168-169, trad. cast. de Rafael de Asís y Andrea Greppi, *El positivismo jurídico,* Debate, Madrid, 1993, pp. 223-225, e ID., *Diritto e forza* (1966), reimpr. en ID., *Studi per una teoria generale del diritto*, Giappichelli, Turín 1970, 119-138, pp. 137-138, trad. cast. de Alfonso Ruiz Miguel, «Derecho y fuerza», en *Contribución a la teoría del Derecho,* cit., 325-338, pp. 337-338.

law?» y se da la siguiente indicación*:* «the answer to this question depends on the definition of the concept of law». Pero, evidentemente, si una definición del concepto de derecho no tiene la pretensión de presentarse como una definición real, entonces comporta una opción valorativa [22].

2) En la *General Theory of Law and State* hallamos este pasaje, a menudo recordado por cuantos desean poner de manifiesto la no neutralidad de Kelsen:

> «The technical inadequacies of general international law do indeed to a certain extent justify the interpretation of the opponents of the *bellum justum* theory. But whoever attempts this interpretation must be consistent; he must not regard international law as true law. The opposite interpretation, however –that based on the *bellum justum* theory– is also possible, as has been shown. The situation is characterizad by the possibility of a double interpretation. It is one of the peculiarities of the material which forms the object of the social sciences to be sometimes liable to a double interpretation. Hence, objective science is not able to decide for or against one or the other. It is not a scientific but a political decision which gives preference to the *bellum justum* theory. This preference is justified by the fact that only this interpretation conceives of the international order as law, although admittedly primitive law» [23].

3) Para concluir, desearía recordar un fragmento extraído del curso intitulado *Théorie du droit international public* impartido por Kelsen en 1953, donde el «primitivismo» del derecho internacional no es una pura categoría descriptiva, sino que asume una connotación negativa, que deriva de la «insuficiencia manifiesta» de las sanciones de tal derecho:

> «L'insuffisance manifeste des représailles et de la guerre en tant que sanctions du droit international est la conséquence de la complète décentralisation de la communauté constituée par ce droit. C'est précisément l'absence de centralisation et plus spécialement l'absence d'un pouvoir exécutif centralisé qui donne au droit international son caractère de droit primitif» [24].

3. El derecho internacional como «civitas maxima»

El estudio del derecho internacional está presidido por la contraposición entre las teorías monistas y las teorías pluralistas del ordenamiento.

Partiendo del punto de vista de una construcción monista, se abren dos posibilidades: de un lado, se puede considerar que sólo el derecho estatal es

---

[22] H. KELSEN, *Principles of International Law*, cit., p. 3. Cfr. asimismo ID., *General Theory of Law and State*, cit., p. 340, trad. it. cit., p. 345, trad. cast. cit., p. 390.

[23] H. KELSEN, *General Theory of Law and State*, cit., p. 341, trad. it. cit., p. 346, trad. cast. cit., pp. 405-406.

[24] H. KELSEN, «Théorie du droit international public», cit., p. 44. Vid. también ID., «Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public», cit., p. 318, donde se afirma que, a causa de su primitivismo, el derecho internacional «souffre incontestablement d'une imperferfection technique».

derecho válido y que el orden internacional contiene meras normas de moralidad positiva [25] o a lo sumo –haciendo uso de la fórmula hegeliana criticada con acritud por Kelsen– que contiene las normas del «derecho político externo» [26]; por otra parte, se puede considerar que los derechos de los Estados individuales y el derecho internacional constituyen un ordenamiento unitario donde la comunidad internacional prevalece sobre la «voluntad» estatal.

Los defensores del pluralismo, por el contrario, están llamados a explicar de qué manera ordenamientos jurídicos diversos y recíprocamente independientes sean capaces de coexistir.

Con carácter previo, conviene preguntarse si la elección entre monismo y pluralismo se funda sobre argumentos de derecho positivo o bien sobre argumentos teóricos y filosóficos. La respuesta no es sencilla. Por lo que a mí se refiere, creo, siguiendo a Raz, que elaborar criterios adecuados para establecer la existencia y la identidad de un sistema jurídico –más allá del estudio de la estructura– es una tarea propia de la teoría general del derecho [27]. Piénsese por lo demás en la evidente naturaleza iusfilosófica de la tesis de Kelsen, según la cual dos sistemas normativos son diferentes si se apoyan en

---

[25] Cfr. J. AUSTIN, *The Province of Jurisprudence Determined*, edic. de H. L. A. Hart, Weidenfeld & Nicolson, Londres, 1954, pp. 12, 127, 142, 201.

[26] Cfr. G. W. F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts* (1820), trad. it. *Lineamenti di filosofia del diritto* de F. Messineo Laterza, Roma-Bari, 1974, §§ 330 ss., pp. 322 ss., trad. cast. de Juan Luis Vermal, *Principios de la filosofía del derecho,* Edhasa, Barcelona, 1999 (2ª ed.), pp. 483 ss.; H. KELSEN, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer Reinen Rechtslehre* (19201, 19282), reimpr. Scientia, Aalen, 1960, § 64, p. 318, trad. it. *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale. Contributo per una dottrina pura del diritto di A. Carrino*, Giuffrè, Milán, 1989, p. 466; ID., «Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public», cit., p. 324, e ID., *Reine Rechtslehre*, II edic., cit., § 43, d, a, p. 335, trad. it. cit., p. 368, trad. cast. cit. p. 337 . La tesis hegeliana es criticada también por S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico* (1918), II edic. Sansoni, Florencia, 1946, pp. 110 y 114, trad. cast. de Sebastián Martín-Retortillo y Lorenzo Martín-Retortillo, *El ordenamiento jurídico,* Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1963, pp. 210 y 214. Cfr., en fin, A. CARRINO, *L'ordine delle norme*, cit., pp. 122 ss. y 130-131, que dirige a Kelsen la acusación algo paradójica de «hegelianismo implícito».

[27] J. RAZ, *The Concept of a Legal System. An Introduction to the Theory of Legal System*, II edic., Clarendon, Oxford 1980 (I edic. 1970), trad. it. *Il concetto di sistema giuridico. Un'introduzione alla teoria del sistema giuridico* di P. Comanducci, Il Mulino Bologna, 1977, trad. cast. de Rolando Tamayo y Salmorán, *El concepto de sistema jurídico: una introducción a la teoría del sistema jurídico,* UNAM, México, 1986. Vid. también P. COMANDUCCI, «Joseph Raz e la teoria del sistema giuridico», en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 8 (1978), 359-422. Por lo demás, una opinión análoga a la de Raz es expresada por el mismo H. KELSEN, *Das Problem der Souveränität*, cit., § 25, p. 103, trad. it. cit., p. 152, el cual afirma a propósito del problema de la soberanía que «se trata de una cuestión que en último análisis no puede ser resuelta con una normación jurídica positiva (*positivrechtliche Satzung*)»; la solución, en cambio, correspondería a la ciencia del derecho, que no puede sino proceder desarrollando sistemáticamente una hipótesis presupuesta por las reglas del derecho positivo.

normas fundamentales diferentes, independientes e irreductibles entre sí [28]. Por otra parte, corresponderá a los juristas positivos verificar, a la vista de los criterios y los modelos prescritos por los teóricos, si en un caso específico dado, determinadas reglas y prácticas son calificables en su conjunto como un «ordenamiento jurídico independiente». En consecuencia, la cuestión sobre si se debe hablar de una pluralidad de ordenamientos jurídicos o bien de un solo ordenamiento omnicomprensivo es una típica cuestión de delimitación cuya solución requiere la contribución conjunta de la teoría general y de la doctrina (vid. infra § 5).

Kelsen, como es sabido, se inclina decididamente por el monismo: el ordenamiento jurídico internacional, determinando la esfera y el fundamento de validez de los órdenes jurídicos estatales, forma con estos últimos un único ordenamiento jurídico universal, la *civitas maxima* de wolffiana memoria [29]. Según la reconstrucción de Hart [30], las tesis centrales de la teoría pura sobre este tema son dos, una positiva y otra negativa: la tesis positiva es que todas las normas válidas constituyen (¿necesariamente?) un sistema unitario [31]; la negativa es que dos normas válidas no pueden entrar en conflicto entre sí [32]. A veces se tiene la impresión de que en la concepción kelseniana el monismo preceda hasta en orden de importancia al requisito de la coactividad [33].

---

[28] Cfr. p. ej. H. KELSEN, «Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public», cit., p. 264.

[29] Cfr. H. KELSEN, *General Theory of Law and State,* cit., p. 370, trad. it. cit., p. 376, trad. cast. cit. p. 443 e ID., *Das Problem der Souveränität*, cit., cap. IX.

[30] Cfr. H. L. A. HART, «Kelsen's Doctrine of the Unity of Law» (1968), reimpr. en ID*., Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon, Oxford, 1983, 309-342, p. 309, trad. cast. de Rolando Tamayo y Salmorán, «La teoría de Kelsen sobre la unidad del derecho», en P. CASANOVAS y J.J. MORESO (eds.), *El ámbito de lo jurídico,* Crítica, Barcelona, 1994, pp. 383-421.

[31] Cfr. H. KELSEN, *General Theory of Law and State*, cit., p. 363, trad. it. cit., p. 369, trad. cast. p. 444: «It is logically not possible to assume that simultaneously valid norms belong to different, mutually independent systems». Vid. también ID., *Reine Rechtslehre*, II edic., cit., § 43, pp. 328 ss., trad. it. cit., pp. 360 ss., trad. cast. pp. 332 ss., e ID., «Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public», cit., p. 268.

[32] Cfr. H. KELSEN, *General Theory of Law and State,* cit., p. 375, donde se afirma que «two contradictory norms cannot both be valid», trad. it. cit., p. 381, trad. cast. cit., p. 447. Vid. también ID., *Reine Rechtslehre*, II edic., cit., § 16, p. 77, trad. it. cit., p. 91, trad. cast. p. 88 e ID., «Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public», cit., p. 267. Es sabido que Kelsen en seguida cambió dramáticamente su opinión en este punto, cfr. la postuma ID., *Allgemeine Theorie der Normen*, a cargo de K. Ringhofer e R Walter, Manz, Viena 1979, trad. it. *Teoria generale delle norme* di M. Torre, a cargo de M. G. Losano, Einaudi, Turín 1985, trad. cast. de Hugo Carlos Delory Jacobs, Trillas, México, 1994.

[33] Cfr. H. KELSEN, *Das Problem der Souveränität*, cit., § 30, p. 122, trad. it. cit., p. 180: «las dudas sobre la naturaleza jurídica del derecho internacional no derivan en realidad de la existencia o no en estas normas del momento coercitivo, sino en sustancia de la duda sobre si

Los argumentos adoptados por Kelsen, como ha sido demostrado por Hart de modo casi incontestable, no son lo bastante fuertes para sostener la solución monista y universalista [34]. Pero el problema en esta sede –análogamente a cuanto se ha examinado en el parágrafo precedente a propósito de las sanciones del derecho internacional– no es examinar si Kelsen tiene razón o se equivoca, sino localizar los compromisos valorativos de fondo en este autor.

De inmediato salta a la vista que Kelsen en sus escritos da escasísimo peso a la doctrina pluralista (o dualista, como él la llama a veces). Kelsen no cesa de criticar esta doctrina en un plano estrictamente jurídico, sosteniendo que desde una perpectiva pluralista se haría imposible una coordinación y una delimitación recíproca de los ámbitos de validez de los singulares ordenamientos estatales [35]; sin embargo, a su juicio la objeción determinante al pluralismo es de carácter lógico: de hecho, según el jurista de Praga, «la unidad del punto de vista del conocimiento exige imperiosamente una concepción monista» [36]. Es lógicamente imposible que se dé la validez simultánea y a partir del mismo unitario punto de vista (*von demselben einheitlichen Standpunkt*) de dos sistemas normativos diferentes (vid. infra § 6).

> «Así como por su propia condición el jurista y el moralista necesariamente deben, presupuesta la total independencia mutua entre derecho y moral, *prescindir* el uno de la moral y el otro del derecho, así –presupuestos el derecho estatal y el derecho internacional como dos ámbitos normativos diversos– quien se basa en el ordenamiento jurídico de un Estado concreto y se declara en este sentido «jurista», no puede incluir en el ámbito de sus consideraciones la validez de normas jurídicas internacionales. Para el «jurista» un derecho internacional que se remonte a un origen completamente diverso de la fuente del derecho estatal no existe en mayor medida que la moral y viceversa» [37].

---

derecho internacional y derecho estatal puedan ser comprendidos a partir de un mismo punto de vista jurídico». Cfr. ID., «Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public», cit., pp. 276-277: «Dans ces conditions, la construction dualiste implique la négation de la nature juridique du «droit international». Résoudre ce grave problème ne consiste pas à décider si, pour être véritablement du droit, le «droit international» doit avoir une sanction, si notamment il doit disposer d'un appareil de contrainte propre pour l'application des sanctions particulières; *ce n'est là qu'une question technique d'ordre secondaire*» (cursivas mías). Vid. también, «Staat und Völkerrecht», in *Zeitschrift für öffentliches Recht,* 4 (1925), p. 216.

[34] Cfr. H. L. A. HART, «Kelsen's Doctrine of the Unity of Law», cit.

[35] Cfr. p. ej. H. KELSEN, «Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public», cit., pp. 279-280; ID., *General Theory of Law and State*, cit., p. 363, trad. it. cit., p. 369, trad. cast. cit., p. 436, e ID*., Principles of International Law*, cit., pp. 403 ss., especialmente. p. 404: «This dualism or –taking into account the existence of numerous national legal orders– this pluralism contradicts, as we have seen, the contents of international law, since international law itself establishes a relation between its norms and the norms of of the different national legal orders. The pluralistic theory is a contradiction to positive law, provided international law is considered to be a valid legal order».

[36] H. KELSEN, *Das Problem der Souveränität*, cit., § 30, p. 123, trad. it. cit., p. 180.

[37] H. KELSEN, op. ult. cit., p. 121, trad. it. cit., p. 178. Vid. también ID., «Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public», cit., p. 276; ID., *Reine Rechts-*

Por otra parte, si se admitiese la posibilidad de un conflicto entre el ordenamiento estatal y el internacional, se debería admitir igualmente la posibilidad de la existencia de un «ilícito del Estado», o sea de un «derecho antijurídico», lo cual para el Kelsen de *Das Problem der Souveränität* y de la *Reine Rechtslehre* equivaldría a una evidente contradicción en los términos. No se puede imputar el no-derecho a la personificación del derecho, del mismo modo que la teología cristiana debe necesariamente contraponer a la persona de Dios la del diablo [38].

En definitiva, de acuerdo con la teoría pura, el pluralismo tiende siempre a revelarse como un pseudopluralismo en cuyo interior anidan los omnipresentes fantasmas del solipsismo estatal y del dogma de la soberanía [39]. Solamente desde un punto de vista como éste cobra sentido la afirmación kelseniana, aparentemente absurda, de que la doctrina pluralista conduciría a considerar el derecho internacional como una suerte de moral o de derecho natural [40].

---

lehre, I edic., cit., § 50, c, pp. 138-139, trad. it. cit., pp. 156-157; trad. cast. cit., p. 207, ID., *General Theory of Law and State*, cit., pp. 373-374, trad. it. cit., pp. 377-378, trad. cast. cit., pp. 443-444; ID., *Principles of International Law*, cit., p. 404; ID., *Reine Rechtslehre*, II edic., cit., § 43, a, pp. 329-330, trad. it. cit., pp. 361-362, trad. cast. cit., pp. 330-332 .

[38] Cfr. H. KELSEN, *Das Problem der Souveränität*, cit., § 30, p. 121, nota 2, trad. it. cit., p. 179, y § 35, pp. 147-148, trad. it. cit., p. 215-217, en la que el autor reenvía a su ensayo «Über Staatsunrecht» (1913), reimpr. en H. KLECATSKY-R. MARCIC-H. SCHAMBECK (eds.), *Die Wiener rechtstheoretische Schule*, cit., I, 957-1057, trad. it. «L'illecito dello Stato» di A. Abignente ESI, Nápoles 1988, pero aseverando: «En este ensayo no veía todavía con claridad suficiente la unidad de derecho estatal y derecho internacional».

[39] Cfr. H. KELSEN, *Das Problem der Souveränität*, cit., § 35, pp. 150-151, trad. it. cit., p. 220, donde se afirma claramente que «una construcción dualista es ciertamente sólo una construcción pseudodualista», e ID., «Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public», cit., p. 278, donde se dice: «Le pluralisme juridique se transforme en un égotisme (Solipsismus) étatique». Vid. también ID., *Reine Rechtslehre*, I edic., cit., § 50, d, p. 141, trad. it. cit., p. 159, trad. cast. p. 208 donde se afirma que «la teoría dualista se ve obligada a abandonar su posición inicial y a orientarse hacia una construcción monista. Para explicar la naturaleza juridica de los sistemas normativos existentes fuera de un derecho nacional dado, esa teoría enseña que un Estado sólo está obligado por el derecho internacional si lo ha reconocido y que los otros Estados sólo existen jurídicamente o, en otros términos, sólo son órdenes jurídicos, si los ha reconocido como tales.», e ID., *General Theory of Law and State*, cit., p. 383, trad. it. cit., p. 389, trad. cast. cit., p. 456.

[40] Cfr. H. KELSEN, «Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public», cit., p. 276: «Et en effet, la construction dualiste, poussée jusqu'à ses dernières conséquences, aboutit à faire de ce qu'on appelle le droit international tout simplement une sorte de morale ou de droit naturel, et non pas un droit véritable, au sens plein du mot, au sens ou l'on qualifie le droit interne de «droit positif». Vid. también ID., Reine Rechtslehre, II edic., cit., § 43, a, p. 330, trad. it. cit., p. 362, trad. cast. cit., pp. 330-332. En contra, S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., pp. 52-53, trad. cast, cit., pp. 142-143: «Piedra de toque para toda definición del derecho ha sido especialmente el llamado problema del Derecho internacional: no será inútil, por consiguiente, contrastar también este problema con nuestra propia definición. Creemos que hay que considerar como un verdadero postulado el carácter erróneo e in-

Por lo demás, para Kelsen, la soberanía

> «...no es una propiedad perceptible, o reconocible objetivamente de otra manera, de un objeto real, sino un presupuesto: el presupuesto de un orden normativo como orden supremo no derivable, en su validez, de ningún orden superior. La pregunta de si el Estado es soberano no puede contestarse mediante una investigación de la realidad natural. la soberanía no es un máximo de poder real (*Souveränität ist nicht ein Maximum an realer Macht*)». [41]

Sin duda, en la teoría pura el concepto de soberanía –entendida como una característica material y concreta de los Estados– debe ser íntegramente desterrada (*Die Souveränitätsvorstellung freilich muss radikal verdrängt werden*) [42]. El Estado se convierte entonces en un ordenamiento parcial, o sea un conjunto de normas [43], y la soberanía se transforma en un concepto metodológico: ésta se identifica con la positividad y termina coincidiendo con aquel fundamento hipotético de la unidad del derecho y del conocimiento jurídico que está representado por la norma originaria (*Ursprungsnorm*) o fundamental (*Grundnorm*) [44].

4. Kelsen y Santi Romano

En presencia de estos argumentos, la comparación de Kelsen y Santi Romano surge con naturalidad [45]. Ambos autores se oponen con incansable te-

---

completo de aquellas definiciones del derecho a partir de las cuales se niega el Derecho internacional, ya en su propia existencia, ya en su autonomía –lo que en definitiva no difiere mucho de la anterior–, considerándolo tan sólo como una simple exteriorización o proyección hacia afuera del derecho interno de los distintos Estados».

[41] H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, II edic., cit., § 43, d, p. 334, trad. it. cit., p. 367, trad. cast. cit., p. 336. Cfr. también ID., «Die Rechtswissenschaft als Norm-oder als Kulturwissenschaft. Eine methodenkritische Untersuchung», en *Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reiche*, 40 (1916), 1181-1239, trad. it. «La giurisprudenza come scienza normativa o culturale. Studio di critica metodologica» de A. Carrino, en H. KELSEN, *Dio e Stato*, cit., 73-136, p. 121.

[42] H. KELSEN, *Das Problem der Souveränität*, cit., § 65, p. 320, trad. it. cit., p. 469. A los realistas ésta les puede parecer un verdadera represión en sentido psicoanalítico (*Verdrängung*) [en psicología, esta palabra alemana se traduce como represión, N. T.]

[43] Cfr. H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, I edic., cit., cap. VIII, e ID., *Reine Rechtslehre*, II edic., cit., cap. VI.

[44] Cfr. H. KELSEN, *Das Problem der Souveränität*, cit., cap. IV. Cfr. sin embargo, la revisión sobre el tema de la hipoteticidad en ID., «Die Funktion der Verfassung», en *Forum,* 11 (1964), 583-586, trad. ingl. «The Function of a Constitution» de I. Stewart, en R. TUR e W. TWINING (eds.), *Essays on Kelsen*, Clarendon, Oxford, 1986, 109-119. Cfr. también A. CARRINO, «Kelsen e il tramonto della sovranità», *en Democrazia e diritto*, n. 4-5, 1989, 351-382, que ha sido reproducido en la presentación de la edición italiana de H. KELSEN, *Il problema della sovranità*, cit., y A. CARRINO (ed.), *Kelsen e il problema della sovranità*, ESI, Nápoles 1990..

[45] Téngase en cuenta, por otra parte, que como advierte N. BOBBIO, «Teoria e ideologia nella dottrina di Santi Romano», en ID., *Dalla struttura alla funzione*, cit., pp. 166-167, trad. cast. de Alfonso Ruiz Miguel, «Teoría e ideología en la doctrina de Santi Romano», en *Con-*

nacidad a la tesis de la estatalidad del derecho. La crítica de esta tesis, sin embargo, se desarrolla a través de dos puntos de vista diametralmente opuestos.

En primer lugar, Kelsen vacía de todo contenido empírico la noción de soberanía, contempla toda concepción antropomorfa, hipostática, o en cualquier caso materialista, de la persona jurídica estatal y del ordenamiento como una reafirmación de la teoría según la cual el Estado, como entidad distinta del sistema jurídico, sería señor y árbitro de todo el derecho. Santi Romano, en cambio, aun rechazando –no sé hasta qué punto coherentemente– toda colaboración entre la investigación jurídica y la sociológica, considera el ordamiento jurídico como una institución, o sea como «una efectiva unidad social» [46].

En segundo lugar, Kelsen expresa su propio antiestatalismo considerando al Estado como un mero ordenamiento parcial: persigue el fantasma universalista de la *civitas maxima* y propugna el ideal político de un ordenamiento mundial centralizado. Santi Romano, por el contrario, como agudo estudioso que es de la crisis del Estado moderno y considerando ilusoria cualquier unificación del ordenamiento jurídico, sale en busca no sólo de la macrocomunidad representada por el ordenamento internacional, sino también de las microcomunidades independientes –y quizá antagónicas– que se esconden entre los pliegues del Estado [47]. De hecho, rechaza la doctrina tradicional que se describe como sigue:

> «Tal principio, que podríamos denominar como el de la pluralidad de los ordenamientos jurídicos, no ha sido siempre unánimemente reconocido: si bien se ha admitido plenamente por lo que respecta a los distintos Estados y también, al menos según la doctrina más reciente, para las relaciones entre el derecho estatal y el derecho internacional, muchos, en cambio, niegan su validez por lo que respecta a todos los demás ordenamientos. Es bastante común la opinión que sostiene que todos los ordenamientos, sin excepción alguna, deben reducirse al derecho estatal; sería el Estado, según esta tesis, quien les imprimiría carácter jurídico, bien de manera directa al constituirlos, o simplemente al reconocerlos; y cuando tal reconocimiento no se diera –caso de las instituciones hostiles al Es-

---

tribución a la teoría del Derecho, cit., 153-168, p. 154, presumiblemente, «el único gran jurista no italiano que entonces se apercibió de Romano fue Carl Schmitt». Cfr. C. SCHMITT, *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens* (1934), trad. it. parcial «I tre tipi di pensiero giuridico» di P. Schiera, en ID., *Le categorie del politico*, con presentación de G. Miglio, Il Mulino, Bolonia 1972, 245-275, p. 260, trad. cast. de Montserrat Herrero, *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica,* Tecnos, Madrid, 1996, pp. 25-26.

[46] Cfr. S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., pp. 12, 26 y 36, trad. cast. cit., pp. 96, 112 y 124. Para el rechazo de la confusión entre jurisprudencia y sociología op. cit., pp. 41 y 96-97, trad. cast. cit., pp. 129 y 191.

[47] Cfr. S. ROMANO, op. ult. cit., p. 109, trad. cast. cit., p. 208, e ID., *Lo Stato moderno e la sua crisi*, Giuffrè, Milán 1969, pp. 5-26.

tado o simplemente contrarias a los principios básicos de su derecho–, habría que considerar antijurídicas tales instituciones, no sólo en relación con tal Estado, lo cual es natural, sino antijurídicas en sí y de por sí; no habría más ordenamientos jurídicos auténticos que el ordenamiento estatal y el interestatal»[48].

También la tesis de Romano que niega las lagunas, reputando jurídicamente irrelevantes las relaciones no reguladas explícitamente, se interpreta no como una tesis veteropositivista, sino como un ataque al dogma de la estatalidad del derecho[49].

Desde esta perspectiva, es bastante singular –y quizá revelador– el hecho de que Santi Romano tergiverse abiertamente la teoría pura, clasificando a Kelsen entre los asertores de la divinización del Estado, entendido hegelianamente como «totalidad ética» o «Dios real» y, en todo caso, como «voluntad única en un sistema armónico». Romano, en efecto, toma por prescriptiva la afirmación antropológica de Kelsen de que existiría una correspondencia en el plano cultural entre el monoteísmo y la unidad del Estado-persona, entre la omnipotencia de Dios en el campo de la naturaleza y la omnipotencia del Estado en el campo del derecho, entre el dogma teológico y el dogma jurídico[50].

En tercer y último lugar, mientras Kelsen niega que las normas en conflicto de dos ordenamientos originarios diversos –como, en la hipótesis pluralista, el orden estatal y el internacional– puedan ser simultáneamente válidas, Santi Romano admite la posibilidad de semejantes conflictos en los órdenes considerados «sin que ello represente nada a favor o en contra de

---

[48] S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., pp. 106-107, trad. cast. cit, pp. 205-206.

[49] Cfr. p. ej. S. ROMANO, op. ult. cit., pp. 142 y 205.

[50] S. ROMANO,op. ult. cit., pp. 107-111, trad. cast. cit., pp. 207-211. Romano se refiere, entre otros, a H. KELSEN, *Das Problem der Souveränität*, cit., p. 21, nota, trad. it. cit., p. 34, e ID., «Über Staatsunrecht», cit., p. 964, trad. it. cit., pp. 15-16. En el segundo pasaje Kelsen afirma: «Si es lícita una analogía entre el microcosmos del ordenamiento jurídico y el macrocosmos del orden del universo –y esta no es absolutamente nueva, sino ya conocida por el pensamiento primitivo–, entonces en la grandiosa personificación de todas las normas que dominan el Universo, en cuanto sean concebidas como un sistema con sentido y coherente (*als ein sinvolles und widerspruchsloses System*), esta idea de un Dios-persona unitario responde a la misma o a una análoga economía de pensamiento que la construcción jurídica de un depositario personal unitario del ordenamiento jurídico estatal, del Estado-persona, del Estado-persona unitario». Perfectamente paralelo es el fragmento de S. ROMANO, op. cit., pp. 110-111, trad. cast. cit., pp. 210-211, donde se critica"la doctrina que refiere el ordenamiento jurídico a una sola voluntad, la del Estado, afirmando que tal doctrina deriva de una necesdidad mental similar a la que conduce la idea de Dios: la analogía entre el microcosmos jurídico y el macrocosmos del ordenamiento del Universo, impondría –afirma– esta personificación que hace posible la concepción de una voluntad única en un sistema armónico».No hay que olvidar además que Romano vislumbra una sutil consonancia –cuya culminación estaría representada por la teoría del Estado ético de Hegel– entre el monismo estatalista y el iusnaturalismo; por otra parte, Kelsen dirige un reproche simétrico a los pluralistas, a los que acusa de reducir el derecho internacional a mero derecho natural.

su carácter jurídico». «Cada uno de ellos es independiente y está dotado de autonomía propia, desarrollando libremente su vida y su fuerza en el ámbito específico que a cada uno de ellos le corresponde» [51].

Para Romano, en fin, la comunidad internacional es una institución compleja, «una institución de instituciones», que no incorpora –si bien presupone– los singulares ordenamientos estatales: los segundos por lo demás están, «aunque sea limitadamente, subordinados» a la primera, porque «el Derecho internacional solamente aparece como auténtico derecho en cuanto vincula y domina a la voluntad estatal» [52].

Kelsen, en cambio, como se ha visto en § 3, da por descontado que el pluralismo es incoherente. En ningún momento cuestiona francamente el monismo. De hecho, el problema más debatido por Kelsen en sus obras no es si se debe adoptar el monismo o el pluralismo, sino qué tipo de monismo es preferible: el estatalista o el universalista. Este último problema impondría una disyuntiva de naturaleza política y no científica [53]. Según Kelsen, el dogma de la soberanía estatal es en efecto el «principal instrumento de la ideología imperialista dirigida contra el derecho internacional» [54]. Por el contrario, la tesis universalista por cuya virtud la soberanía –concebida como cualidad exclusiva de un solo ordenamiento [55]– correspondería no a los Estados concretos, sino a la comunidad internacional, es íntimamente afín a la ideología del pacifismo. En la edición de 1934 de la *Reine Rechtslehre*, Kelsen afirma categóricamente que la teoría de la primacía del derecho internacional se orienta a remover los obstáculos al perfeccionamiento técni-

---

[51] S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 115, trad. cast. pp. 215-216. Vid. también op. cit. pp. 145-146, trad. cast. cit. pp. 245-246 e ID., *Frammenti di un dizionario giuridico*, Giuffrè, Milán, 1953 (I edic. 1947), pp. 19 (bajo la voz «Autonomia») y p. 113 (bajo la voz «Realtà giuridica»).

[52] S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico,* cit., pp. 38, 106 y 115, trad. cast. cit., pp. 126, 205 y 215.

[53] Cfr. H. KELSEN, *Das Problem der Souveränität*, cit., § 46, pp. 204 ss., trad. it. cit., pp. 299 ss., y cap. XI; ID., «Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public», cit., pp. 313-314 y 321 ss.; ID., *Reine Rechtslehre*, I edic., cit., § 50, i, pp. 153-154, trad. it. cit., pp. 223-224, trad. cast. cit., pp. 168-169; ID., *General Theory of Law and State*, cit., pp. 386-388, trad. it. cit., pp. 392-394, trad. cast. cit., p. 462; ID., *Principles of International Law*, cit., pp. 444 ss.*; Reine Rechtslehre*, II edic., cit., § 44, pp. 343 ss., trad. it. cit. 377 ss, trad. cast. cit., pp. 345 ss. Vid. asimismo A. MERKL, «Hans Kelsens System einer reinen Rechtstheorie», en *Archiv des öffentlichen Rechts*, 41 (1921), 171-201, trad. it. «Il sistema kelseniano di teoria pura del diritto» de C. Geraci, en ID*., Il duplice volto del diritto. Il sistema kelseniano e altri saggi*, Giuffrè, Milán, 1987, pp. 67-97.

[54] H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, I edic., cit., § 50, i, p. 168, trad. cast. cit., p. 223.

[55] Cfr. H. KELSEN, *Das Problem der Souveränität*, cit., § 43, pp. 187 ss., trad. it. cit., pp. 274 ss.; ID., «Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public», cit., pp. 259 ss.; ID*., General Theory of Law and State*, cit., pp. 385-386, trad. it. cit., pp.391-392, trad. cast. cit., pp.460-461; ID., *Principles of International Law*, cit., pp. 442 ss.

co de tal derecho, desenmascarando las tendencias que se oponen a los intentos de su progresiva centralización [56]. En la *General Theory of Law and State* y especialmente en la edición de 1960 de la *Reine Rechtslehre*, Kelsen se muestra, sin embargo, más cauto y quizá algo desilusionado. En este último trabajo, tras haber sostenido que la diferencia entre las dos construcciones monistas no tiene influencia alguna sobre el contenido del derecho internacional –luego tampoco sobre el grado de centralización o de descentralización del mismo– añade:

> «Hasta dónde el gobierno de un Estado deba o pueda limitar la libertad de acción de su Estado mediante tratados internacionales, es asunto político. La respuesta no puede deducirse ni de la primacía del derecho internacional, ni de la primacía del derecho estatal.» [57]

En este punto, mi investigación sobre los compromisos político-valorativos de Kelsen parece encallarse en el fondo cenagoso de la unidad de la esfera jurídica, una unidad que, sea cual fuere el modo en que se entienda, Kelsen reputa imprescindible no tanto por razones ideológicas cuanto por razones exquisitamente «lógicas»: sin unidad, el conocimiento mismo del derecho, desde una perspectiva neokantiana, se haría imposible. En los próximos parágrafos, sin embargo, se verá que incluso dentro de esta posición, promocionada por Kelsen como «pura» o «científica», se ocultan importantes opciones valorativas que chocan radicalmente con los presupuestos de la metaética kelseniana.

5. La unidad del ordenamiento jurídico como «postulado epistemológico»

Como se ha señalado, la construcción pluralista es considerada, en sí y de por sí, insostenible por Kelsen, no tanto –o no sólo– por razones políticas, sino ante todo desde un punto de vista lógico, ya que no sería «lógicamente posible asumir que normas válidas pertenezcan simultáneamente a sistemas diversos y recíprocamente independientes» [58]. Es cierto que según Kelsen la evolución del derecho, a través de una creciente centralización, contempla –y debe contemplar– como fin último la organización de una única comunidad jurídica, o sea la formación del Estado mundial. Sin embargo, sería equivocado confundir tal unificación, aún irrealizada, con la ya

---

[56] Cfr. H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, I edic., cit., § 50, i, p. 153, trad. it. cit., p. 169, trad. cast. pp 223-224.

[57] H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, II edic., cit., § 43, p. 343, trad. it. cit., p. 377, trad. cast. p. 345.

[58] H. KELSEN, *General Theory of Law and State*, cit., p. 363, trad. it. cit., p. 369, trad. cast. cit., p. 437. Vid. también ID., *Reine Rechtslehre*, II edic., cit., § 43, a, p. 329, trad. it. cit., p. 360, trad. cast. cit., p. 331.

existente unidad teórica de todo derecho: «Nur eine erkenntnismässige Einheit alles Rechts is gegeben», afirma Kelsen [59]. Esta última unidad, la cognoscitiva, se califica como «necesaria» (*notwendige, nécessaire*) [60] o «inevitable» [61]. Ella constituye un «postulado epistemológico» de la ciencia del derecho [62]. La unidad sistemática, por lo demás, es un principio regulativo imprescindible de cualquier investigación científica, también de la que concierne al derecho [63]. De acuerdo con Kelsen

> All quest for scientific knowledge is motivated by an endeavor to find unity in the apparent multiplicity of phenomena. Thus, it becomes the task of science to describe its object in a system of consistent statements, that is, statements not contradicting each other. That is true also for the sciences of law and morality, sciences whose objects are norms. Contradictions are also banned within the sphere of these sciences. (...) It is one of the main tasks of the jurist to give a consistent presentation of the material with which he deals. Since the material is

---

[59] H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, II edic., cit., p. 328, trad. it. cit., p. 360, trad. cast. cit., p. 331 . Cfr. también ID., *Reine Rechtslehre*, I edic., cit., § 50, a, p. 135, trad. it. cit., p. 154, trad. cast. cit., p. 204.

[60] Cfr. H. KELSEN, *Das Problem der Souveränität*, cit., p. V y § 30, p. 123, trad. it. cit., p. I del Prefacio de 1920 y p. 181, e ID., «Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public», cit., p 267. Vid. también ID., «Über die Entstehung der Reinen Rechtslehre. Die erste autobiographische Skizze» (1927), en ID. y R. TREVES, *Formalismo giuridico e realtà sociale*, a cargo de S. L. Paulson, ESI, Nápoles 1992, 33-37, p. 35, donde Kelsen destaca de su ensayo «Reichgesetz und Landesgesetz nach österreichischer Verfassung», en *Archiv des öffentlichen Rechts*, 32 (1914), 202-245, 390-438, la consciencia «von der notwendigen systematischen Einheit aller als positives Recht als gültig vorausgesetzten Normen».

[61] Cfr. H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, II edic., cit., § 43, d, pp. 333 ss., trad. it. cit., pp. 365 ss., trad. cast. cit., pp. 335 ss. en el que se habla de la «inevitabilidad» (*Unvermeidlichkeit*) de la construcción monista».

[62] Cfr. H. KELSEN, *Das Problem der Souveränität*, cit., p. VI y § 30, p. 123, donde el postulado de la unidad es considerado el «Grundvoraussetzung aller normativen Erkenntnis», trad. it. cit., pp. IIa y 182; ID., «Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public», cit., p. 268; ID., *Reine Rechtslehre*, I edic., cit., § 50, a, pp. 134 ss., trad. it. cit., pp. 153 ss., trad. cast. cit. pp. 204 ss.; ID., *General Theory of Law and State*, cit., p. 373, trad. it. cit., p. 378, trad. cast. cit. pp. 443-444 e ID., *Reine Rechtslehre*, II edic., cit., § 43, a, p. 329, en el que se habla de un «erkenntnistheoretische Forderung» que consistiría en esto: «alles Recht in einem System, das heißt von einem und demselben Standpunkt aus als ein in sich geschlossenes Ganzes zu begreifen», trad. it. cit., pp. 360-361, trad. cast. cit. p. 331.

[63] Cfr. H. KELSEN, «Der Verhältnis von Staat und Recht im Lichte der Erkenntniskritik», en *Zeitschrift für öffentliches Recht*, 1 (1921), 453-510, trad. it. «Il rapporto tra Stato e diritto dal punto di vista epistemologico» de A. Carrino, en H. KELSEN, *L'anima e il diritto*, cit., 3-58. Vid. en particular la nota 35 que reenvía al parágrafo de la dialéctica trascendental en I. KANT, *Critica della ragion pura* (trad. it. di G. Gentile e G. Lombardo-Radice, II, Laterza, Bari 1945, pp. 510 ss., trad. cast. de Pedro Ribas, *Crítica de la razón pura,* Alfaguara, Madrid, 1998, pp. 546 ss.) intitulado «El objetivo final de la dialéctica natural de la razón humana», donde Kant considera las tres ideas trascendentales de alma, mundo y Dios que informan respectivamente la psicología, la cosmología y la teología, no como principios constitutivos que se refieran directamente a algún objeto, ampliando nuestro conocimiento, sino «como principios *reguladores* de la unidad sistemática en la diversidad del conocimiento empírico en general».

> presented in linguistic expressions, it is *a priori* possible that it may contain contradictions. The specific function of juristic interpretation is to eliminate these contradictions by showing that they are merely sham contradictions. It is by juristic interpretation that the legal material is transformed into a legal system [64].

De los materiales positivos confusos, múltiples y –aparentemente– contradictorios, la ciencia jurídica extrae un objeto unitario. Como ha subrayado ampliamente la crítica más reciente, aquí Kelsen asume una actitud filosófica neokantiana: sostiene, en efecto, que el conocimiento jurídico desarrolla su tarea de ciencia produciendo su objeto, o sea, «produciendo un sistema unitario de normas jurídicas *(in der Erzeugung eines einheitlichen Systems von Rechtssätzen)*» [65]. Bajo esta perspectiva, la unidad es creada, no dada; ésta asume un significado lógico-trascendental que correponde a la total desustancialización del Estado y de la soberanía [66]. Por otro lado, «dos modos de consideración dirigidos en dos direcciones metodológicamente diferentes no pueden tener el mismo objeto», en cuanto «con objeto» y «método»no se designan dos conceptos diferentes sino sólo dos lados de la misma función cognoscitiva» [67]. Para el kantismo, de hecho, «lo que es real se convierte en objeto a través del pensamiento y por tanto lleva consigo las huellas del pensamiento» [68].

Habiendo llegado a este punto, conviene decir abiertamente que un jurista de escuela analítica, como yo mismo me considero, no puede compartir estas posiciones de Kelsen, ni siquiera intentando su traducción a los esquemas conceptuales propios. Ciertamente, se puede –y se debe– estar de acuerdo con el ideal que aspira siempre a teorías científicas más rigurosas y coherentes. Pero es necesario asimismo poner de relieve que Kelsen con-

---

[64] H. KELSEN, *General Theory of Law and State*, cit., pp. 374-375, trad. it. cit., pp. 380-381; trad. cast. cit. p. 446 . Vid. también ID., *Principles of International Law*, cit., pp. 426-7, e ID., *Reine Rechtslehre*, II edic., cit., § 43, a, p. 329, trad. it. cit., p. 361, trad. cast. cit. p. 331, donde se afirma: «En tanto el conocimiento jurídico pretende captar el derecho caracterizado *como derecho internacional*, así como también al material que se ofrece como derecho de un Estado particular, como derecho, tiene que hacerse cargo de la tarea –igualmente que la ciencia natural– de exponer su objeto como una unidad (ihren Gegestand als Einheit darzustellen)» cursivas mías.

[65] H. KELSEN, *Das Problem der Souveränität*, cit., p. V, trad. it. cit., p. IIa.

[66] Cfr. E. CASSIRER, *Substanzbegriff und Funktionsbegriff* (1910), trad. it. *Sostanza e funzione* de E. Arnaud, presentación de G. Preti, La Nuova Italia, Florencia, 1973.

[67] H. KELSEN, «Il rapporto tra Stato e diritto dal punto di vista epistemologico», cit., en ID., *L'anima e il diritto*, cit., pp. 4-5, e ID., «La giurisprudenza come scienza normativa o culturale», cit., en *Dio e Stato*, cit., p., 135.

[68] U. SCARPELLI, «La critica analitica a Kelsen», in C. ROEHRSSEN (ed.), *Hans Kelsen nella cultura filosofico-giuridica del novecento*, cit., 69-75, p. 71. Vid. también M. SCHLICK, *Allgemeine Erkenntnislehre* (1925), trad. it. *Teoria generale della conoscenza* de E. Palombi, Angeli, Milán 1986, § 39-40, pp. 390 ss.

funde el plano del objeto –eventualmente lingüístico– del que habla la teoría, con el plano –eventualmente metalingüístico– sobre el que se coloca la teoría misma, cuando afirma que «la necesaria unidad del punto de vista de la consideración normativa en general, y de la jurídica en particular*, no es sino la unidad del ordenamiento* y precisamente del ordenamiento jurídico»[69]. Sin embargo, de la unidad de la teoría no deriva la unidad de los fenómenos descritos por la teoría misma. La unidad sistemática de la ciencia jurídica no comporta de hecho la unicidad del «espacio jurídico», no implica que exista un solo ordenamiento jurídico global. Por recuperar el perspicaz juicio de Hart, Kelsen cae en el mismo equívoco de quien tratase de deducir de la existencia de la historia militar o de la ciencia estratégica que todas las guerras son una sola y que todos los ejércitos son un único ejército[70].

Kelsen, por otra parte, trata de defender la tesis monista haciendo referencia al ambiguo principio de exclusividad. A veces, este último es interpretado como la afirmación, ciertamente tautológica, de que o se adhiere a un determinado sistema de valores o bien no se adhiere a ese sistema de valores y *tertium non datur*. Sin embargo, más a menudo tal principio viene a coincidir con la afirmación, mucho más comprometida en cuanto que no es para nada tautológica, de que nunca pueden coexistir diversos puntos de vista. Hay, de otro lado, una clara diferencia entre decir que una norma concreta –o un conjunto de normas– no puede al mismo tiempo ser y no ser empleada –o empleado– para calificar un determinado supuesto de hecho y decir que las normas, los valores y los criterios en su uso acaban por excluir otras normas, valores y criterios[71]. En el primer caso se deja abierta la cuestión de si sea admisible una calificación plural del mismo supuesto de hecho, puesto que, obviamente, las dos normas o los dos sistemas de valores no están en conflicto entre sí; en el segundo caso no. El jurista de Praga se muestra vacilante y oscuro acerca del significado que atribuye al principio de exclusividad. O bien sostiene banalmente que dos ordenamientos, si son distintos, no pueden ser válidos a partir –adviértase– del mismo punto de vista[72]. O bien, por el contrario, se invoca el lema evangélico «nadie puede

---

[69] H. KELSEN, *Das Problem der Souveränität*, cit., § 30, p. 123, trad. it. cit., p. 181, cursivas mías. Vid. también ID., «Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public», cit., p. 268: «Le postulat de l'unité de la conaissance s'applique aussi à la conaissance normative*, où il signifie qu'on ne peut admettre qu'un seul ordre obligatoire*», cursivas mías

[70] H. L. A. HART, «Kelsen's Doctrine of the Unity of Law», cit., p. 322, trad. cast. cit. p. 397.

[71] U. SCARPELLI, «Santi Romano, teorico conservatore, teorico progressista» (1977), reimpr. en ID*., L'etica senza verità*, Il Mulino, Bolonia 1982, 315-336, p. 319.

[72] Cfr. H. KELSEN, *Das Problem der Souveränität*, cit., § 30, p. 121, trad. it. cit., p. 178.

servir a dos señores»[73] para afirmar la «imposibilidad lógica» de adoptar simultáneamente los puntos de vista de dos ordenamientos originarios[74].

En el siguiente parágrafo se abordarán estas dificultades. Sin embargo, el principio de exclusividad no demuestra la tesis que querría demostrar; no resuelve, sino que presupone ya resuelto, el problema de la unidad del ordenamiento estatal y del internacional. Para el principio de exclusividad, si no se entiende tal principio como una mera tautología, existe siempre un único sistema normativo –aquél dentro del cual se nos sitúa– y los demás son irrelevantes; pero ese único sistema podría consistir tanto en el Estado mundial cuanto en el derecho de un Estadito como San Marino, tanto en una moral particular o en un concreto ordenamiento jurídico como –si se es iusnaturalista– en un sistema unificado de derecho y moral. El único modo, por tanto, de afrontar en términos kelsenianos el problema de la unidad del ordenamiento estatal y del internacional es preguntarse si existe una única norma fundamental, o si existen muchas. Pues cuando respondiendo a esta pregunta, afirmo que se dan –o bien niego que se den– muchos ordenamientos (muchas normas fundamentales, muchas fuentes originarias), mi afirmación –o negación–, sea «justa» o «equivocada», en ningún caso puede ser formulada en el interior de uno de los sistema particulares normativos tomados en consideración, por ejemplo desde el punto de vista de un específico orden jurídico. También en la hipótesis de que un ordenamiento reconozca las normas de otro, la validez de tal reconocimiento dependerá siempre exclusivamente de las fuentes –y en último análisis de la norma fundamental– del primer orden. Como había ya subrayado al principio del § 3, el dilema entre monismo y pluralismo en el derecho internacional no se puede decidir, pues, en el plano del mero derecho positivo. Para resolver un dilema semejante –o mejor, para dar un cierto sentido a la entera cuestión– hace falta necesariamente elevarse a un nivel *meta* respecto al sistema de valores que se acepta y dentro del cual se opera. La disyuntiva entre monismo y pluralismo con respecto a los valores es, en línea de principio, una típica problemática de metaética prescriptiva –el sociológo, en efecto, se limita a constatar desde un punto de vista externo que existen muchos sistema valorativos[75]–; o, si se quiere referirla a los ordenamientos jurídicos, esta disyuntiva representa una típica problemática de teoría del derecho entendida

[73] H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, II edic., cit., § 43, a, p. 330, trad. it. cit., p. 361, trad. cast. cit., p. 331, y Mateo, VI, 24.

[74] Cfr. H. KELSEN, «Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public», cit., p. 269: «Mais il faut de toute nécessité, il faut logiquement opter entre les deux points de vue».

[75] Cfr. U. SCARPELLI, op. ult. cit., p. 320.

como metajurisprudencia directiva [76]. La específica oposición entre monismo y pluralismo en el derecho internacional se reconduce así a la oposición general entre absolutismo y relativismo, los dos polos en torno a los que gira toda la metaética. Sin embargo, no es precisamente la cuestión aquí rebatir que Kelsen no sea capaz de tratar como un tema de metajurisprudencia el debate sobre si exista o no un único ordenamiento jurídico global, precisamente porque adopta una perspectiva neokantiana: para él, de hecho, la *Grundnorm* es ya un presupuesto científico, ya un presupuesto jurídico; funda tanto la unidad de la ciencia del derecho como la unidad del ordenamiento. La confusión kelseniana entre la norma fundamental y la definición del derecho –entendida como criterio de selección de las normas fundamentales– comporta fatalmente una confusión entre dos diversos niveles de discurso: aquel en el que se habla del derecho positivo y aquel en el que se habla de la ciencia jurídica [77].

6. El monismo en el derecho internacional y la metaética kelseniana

A la luz de las consideraciones precedentes, los argumentos de Kelsen podrían trasladarse a un plano metaético con el razonamiento siguiente:

1) Si dos sistemas de valores son considerados distintos u originarios, o sea, si se los reconstruye de tal modo que deriven de dos normas fundamentales diferentes, entonces uno no existe para el otro (en otros términos, se ignoran mutuamente);

2) pero para nosotros es inaceptable que el derecho estatal y el derecho internacional se ignoren mutuamente (en tal caso, de hecho, el derecho internacional retrocedería –desde el punto de vista del derecho estatal– hasta convertirse en una mera ideología prejurídica);

3) en consecuencia, por el *modus tollens*, si queremos ser coherentes, no podemos ni siquiera aceptar una reconstrucción del derecho estatal y del derecho internacional como dos sistemas distintos.

Es interesante hacer notar, en cambio, que por lo que se refiere a las relaciones entre derecho y moral, cae la premisa 2) –dado que ciertamente el positivista Kelsen no puede admitir que el derecho deba tener en cuenta la

[76] Cfr. p. ej. U. SCARPELLI, «La critica analitica a Kelsen», cit., p. 74: «Rispetto alla giurisprudenza teorica la teoria generale del diritto si pone come una meta-giurisprudenza precettiva di principî costruttivi e di metodi».

[77] Cfr. M. JORI, *Metodo giuridico tra scienza e politica*, Giuffrè, Milán 1976, pp. 285 ss., e ID., «Oggetto e metodo della scienza giuridica», en U. SCARPELLI (ed.*), La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali, Studi dedicati a Norberto Bobbio*, Comunità, Milán, 1983, 177-229, pp. 207 ss.

moral– y resulta por tanto injustificada una conclusión iusnaturalista orientada a prescribir la unificación de los dos sistemas [78].

Mi reformulación de los argumentos de Kelsen, contribuye además a mostrar cómo la norma fundamental es todo lo contrario de una hipótesis aséptica y cómo su adopción depende de considerables compromisos valorativos en el terreno metapositivo.

La premisa 1) expresa, en fin, el principio de exclusividad en su versión no tautológica: quien adopta un sistema de valores debe necesariamente prescindir de cualquier otro sistema de valores; en consecuencia, como quiera que valores diversos no pueden coexistir, se destierra la idea misma de una calificación plural de los mismos supuestos de hecho (vid. supra § 5). Sosteniendo este principio, Kelsen, en conflicto con sus más firmes convicciones, se muestra solipsista. En suma, el solipsismo no niega en realidad que todo el universo sea concebible bajo un único punto de vista, sino que niega la comunicabilidad y la confrontabilidad de los diferentes puntos de vista. Y la posición kelseniana comporta precisamente la grave paradoja de la radical inconfrontabilidad –o inconmensurabilidad– de los valores y de las normas que pertenecen a ordenamientos distintos [79]. Por otro lado, la premisa 1) es completamente infundada. No es correcto, en efecto, afirmar que dos diversos sistemas de valores son siempre irrelevantes el uno para el otro. En lúcidas palabras de Santi Romano,

> «Es cierto que en un determinado ordenamiento originario no pueden tener valor las normas de otro ordenamiento si no es en base a normas del primero; en cambio, estimamos inexacto entender que, inversamente, un ordenamiento sólo debe considerar jurídicas sus normas y estimar irrelevantes todas las demás en cuanto tales [...] Dicho con otras palabras: un ordenamiento puede ignorar o, incluso, negar a otro ordenamiento; puede tomarlo en consideración atribuyéndole carácter diverso del que él se atribuye a sí mismo y puede, por tanto, considerarlo como un mero hecho. Pero no se ve por qué no pueda reconocerlo como ordenamiento jurídico para determinados efectos o en la medida o con las calificaciones que estime oportuno atribuirle» [80].

Y a la inversa, como demuestra también el derecho internacional privado: si un ordenamiento reconoce otro para alguna finalidad, esto no impli-

---

[78] Cfr. H. L. A. HART, «Kelsen's Doctrine of the Unity of Law», cit., p. 310, trad. cast. cit. p. 385, e ID., «Kelsen Visited» (1963), reimpr. en ID., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, cit., 286-308, pp. 301 ss., trad. cast. de Javier Esquivel, *Una visita a Kelsen,* UNAM, México, 1977.

[79] El mismo problema ha surgido en la filosofía de la ciencia a propósito de las teorías científicas, cfr. G. GIORELLO, «Filosofia della scienza e storia della scienza nella cultura di lingua inglese», en L. GEYMONAT, *Storia del pensiero filosofico e scientifico*, 7, Garzanti, Milán 1976, 190-298, pp. 252 ss.

[80] S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 146, trad. cast. cit., pp. 249-250, nota 95 bis.

ca necesariamente que los dos ordenamientos constituyan un ordenamiento unitario [81]. De manera análoga, las reglas de la costumbre no son positivizadas por el puro y simple reenvío que a ellas hacen los conceptos jurídicos indeterminados [*le c.d. clausole generali*].

Supongamos que un sistema moral prohibe incondicionalmente el homicidio. ¿Se podrá decir en tal caso que la obligación jurídica de prestar servicio militar, que comporta el deber de matar en guerra, es «moralmente irrelevante», o sea que no existe para la moral? Yo no lo creo, porque el moralista no se contentará con ignorar la ley, comportándose como si no existiese, sino que sostendrá con energía que estamos moralmente obligados a rechazar el servicio militar. Pero, actuando así, el moralista presupone la validez jurídica –si bien no moral– de la obligación del alistamiento, o por lo menos la vigencia de tal obligación, y esto es tan cierto que invita a los ciudadanos a transgredir las órdenes u organiza grupos de presión para reformar la ley [82]. Si la ley no existiese para la moral, el comportamiento del moralista que se opone activamente al deber jurídico, esto es, a algo que no existe, sería inexplicable.

De otra parte, en contra de la opinión de Kelsen, se debe admitir la posibilidad de antinomias entre normas, bien entre las pertenecientes al mismo orden, bien entre normas pertenecientes a órdenes diversos. Dos normas (de comportamiento) son, en efecto, antinómicas cuando los modelos de conducta prescritos por él son lógicamente incompatibles, es decir, no pueden ser satisfechos al mismo tiempo porque siguiendo la primera norma se viola la segunda y viceversa [83]. No me detendré sobre este tema, en cuanto que el mismo Kelsen rechazó posteriormente en su *Allgemeine Theorie der Normen* (1979) la idea de que la lógica se aplica a las normas, abandonando así la tesis según la cual la ausencia de contradicciones sería el reflejo negativo de la unidad del ordenamiento [84]. Sin embargo, debo observar que

---

[81] Cfr. H. L. A. HART, «Kelsen's Doctrine of the Unity of Law», cit., pp. 317 ss., donde se refuta el argumento de la *relationship of validating purport* atribuido a Kelsen.

[82] Cfr. H. KELSEN, *General Theory of Law and State*, cit., p. 374, trad. it. cit., pp. 379-380, trad. cast. cit. p. 447 donde el autor pasa incoherentemente de la «irrelevancia moral» de la obligación militar al «duty to refuse military service» del moralista, e ID., *Reine Rechtslehre*, II edic., cit., § 43, a, p. 329, trad. it. cit., p. 361, trad. cast. cit. p. 331, donde se afirma: «Entonces, quien considere al derecho como un sistema de normas válidas, tendrá que prescindir de la moral, y quien considere a la moral como un sistema de normas válidas, *[tendrá que prescindir] del derecho*. Se expresa esto de alguna manera diciendo que, desde el punto de vista de la moral, la pena de muerte y la guerra están *prohibida*s, mientras que desde el punto de vista del derecho ambas son obligatorias o por lo menos permitidas». Cursivas mías.

[83] Cfr. C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Giuffrè, Milán 1990, § 18, pp. 78 ss.

[84] Cfr. también H. KELSEN, «Souveränität», (1962) en H. KLECATSKY-R. MARCIC-H. SCHAMBECK (eds.), *Die Wiener rechtstheoretische Schule*, cit., II, pp. 2222 ss.

los conflictos entre dos sistemas de valores diversos no son reducibles –como querría Kelsen– a un mero conflicto psicológico [85]. En particular, es incorrecto remontarse al principio de exclusividad para afirmar, como hace Kelsen en *Das Problem der Souveränität*, que «en relación con la disparidad de principio de los dos ordenamientos, puede ser tomada sólo una u otra validez, de modo que en este sentido no hay un problema de conflicto de normas» [86]. Prescindiendo aquí de la vieja cuestión –a la que, por otro lado, se da respuesta afirmativa– de si puede haber antinomia entre normas pertenecientes al mismo ordenamiento, hay que observar que, no obstante la obstinación de Kelsen en pensar lo contrario [87], dos normas antinómicas de ordenamientos diversos pueden perfectamente ser válidas simultáneamente. En este último caso, no surge ni siquiera la dificultad de deber admitir que un *mismo* sistema normativo puede contener normas incompatibles, en cuanto las normas aquí en discusión son válidas desde *dos puntos de vista diferentes*, por ejemplo: el jurídico y el moral, o el del derecho italiano y el del derecho suizo. Se puede afirmar perfectamente sin infringir la lógica que el mismo comportamiento está prohibido desde la moral y es jurídicamente obligatorio. Esto equivale a decir que un mundo jurídicamente perfecto no puede ser además un mundo moralmente perfecto; en otras palabras, esto significa que una persona, si quiere respetar la moral, entonces no puede hacer A, y, si quiere respetar el derecho, entonces debe hacer A; pero esa misma persona no puede hacer y no hacer A a un tiempo, respetando ya sea la moral, ya el derecho. No olvidemos que la norma fundamental, de la que emana la validez, tiene carácter hipotético y no categórico. La teoría pura sostiene que en semejantes casos no surge antinomia porque o se asume el punto de vista de la moral, aceptando sus normas y valores, o se asume el punto de vista del derecho, con una aceptación análoga. Nosotros en cambio cuestionamos que la alternativa entre dos puntos de vista se imponga porque *y sólo en la medida en que* surja una antinomia que haga imposible aceptar simultáneamente las normas y los valores de ambos ordenamientos.

Pero para Kelsen esta interpretación es completamente inaceptable. En el pensamiento kelseniano se constata un evidente deslizamiento desde la obligación y desde la validez desde el punto de vista de un sistema norma-

[85] Cfr. H. KELSEN, «Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public», cit., pp. 269-270, e ID., *General Theory of Law and State*, cit., pp. 375-376, trad. it. cit., pp. 381-382, trad. cast. cit. p. 447 .

[86] H. KELSEN, *Das Problem der Souveränität*, cit., § 32, p. 133, trad. it. cit., p. 196.

[87] Además de los lugares ya citados, cfr. H. KELSEN, «Das Problem der Gerechtigkeit», en apéndice a ID., *Reine Rechtslehre*, II edic., cit., pp. 355 ss., trad. it., «Il problema della giustizia» di M. G. Losano, Einaudi, Turín 1975, § 3, pp. 5 ss.

tivo particular –que no obstaría a una solución pluralista– hacia la obligación y hacia la validez «objetivos» y por tanto exclusivos de cualquier otra obligación y de cualquier otra validez. El deber ser subjetivo se transforma en el *Sollen* objetivo del derecho. «La doctrina de la norma fundamental no es una teoría del reconocimiento», se afirma en una importante nota de la *Reine Rechtslehre* de 1960: la validez del derecho es así independiente de las actitudes ético-políticas de los individuos sometidos a él [88]. La *Grundnorm* como presupuesto de la unidad del ordenamiento jurídico se convierte a través de la concepción metodológica de la soberanía, en el presupuesto de la unicidad del ordenamiento jurídico. Kelsen se muestra incapaz de renunciar a dar un fundamento objetivo, aunque sea de modo apriorístico, al derecho y al conocimiento jurídico y esto le precipita hacia una metaética inconscientemente absolutista que contrasta de modo estridente con el relativismo profesado a propósito de la moral [89]. No hay lugar para una pluralidad de sistemas jurídicos, para una multiplicidad de puntos de vista, pues de lo contrario se traicionaría el intento racionalizador de Kelsen y además el derecho se revelaría un «ideal irracional» inaccesible al conocimiento objetivo, como la justicia.

En definitiva, el postulado epistemológico de la unidad del ordenamiento jurídico es fruto de una opción valorativa, como sucede con todo postulado [90]. Kelsen quiere sustraer al derecho de la variedad de opiniones, desea reglas jurídicas que estén en condiciones de funcionar como criterios intersubjetivos. Pero su imagen de la cientificidad es fuertemente ideológica. Más que de espíritu científico, se debería hablar de cientifismo ingenuo. En la teoría pura , en efecto, la objetividad –o mejor, una pseudoobjetividad– queda garantizada de una vez por todas por la norma fundamental, es decir, por un presupuesto lógico-trascendental de resabios metafísicos [91]; la neutralidad está dada ya *a priori*; no está –y no puede estar– vinculada a un método de control que, con independencia de todo compromiso político o va-

[88] H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, II edic., cit., § 34, i, p. 225, trad. it. cit., p. 248, trad. cast. cit. p.230.

[89] Cfr. U. SCARPELLI, *Filosofia analitica e giurisprudenza*, Nuvoletti, Milán 1953, p. 61, y A. CARRINO, «Kelsen e la critica dell'ideologia», introducción a H. KELSEN, *L'anima e il diritto*, cit.

[90] Cfr. G. TARELLO, *Cultura giuridica e politica del diritto*, Il Mulino, Bolonia, 1988, pp. 198-199, trad. cast. de Isidro Rojas Alvarado, *Cultura jurídica y política del derecho,* Fondo de Cultura Económica, México, 1995, pp. 174-175.

[91] Sobre el fracaso del argumento trascendental, cfr. S. L. PAULSON,»Toward a Periodization of the Pure Theory of Law», en L. GIANFORMAGGIO (ed.), *Hans Kelsen's Legal Theory. A Diachronic Point of View*, Giappichelli, Turín 1990, 11-47; ID., «Methodological Dualism in Kelsen's Das Problem der Souveränität», en A. CARRINO (ed.), *Kelsen e il problema della sovranità*, cit., 83-103, p. 96; ID., «Kelsen without Kant», cit. e ID., «Lässt sich die Reine Rechtslehre Transzendental Begründen?», en *Rechtstheorie* 21 (1990), 155-179.

lorativo, nos sitúe en condiciones de descubrir y de eliminar *a posteriori* las distorsiones que se han insinuado en el discurso científico. Como se ha dicho [92], Kelsen no sólo prescribe describir las normas jurídicas, sino que también está sobre todo obligado a estipular los criterios últimos de existencia de las normas jurídicas. El absolutismo jurídico de Kelsen, además, no conduce, como en general hace el absolutismo, a una concepción intolerante. Tal circunstancia no sorprende, si se consideran las convicciones liberales de Kelsen. Por otra parte, esta actitud tolerante se explica técnicamente sobre todo por el planteamiento «formalista» de la teoría pura que –salvo en lo que se refiere al problema de la coacción (vid. supra § 2)– rechaza de modo sistemático establecer un nexo entre la juridicidad y algún concreto principio o contenido preceptivo. El pluralismo valorativo, negado en el plano de la «forma», viene a ser así plenamente recuperado en el plano de la «sustancia».

7. La «modernidad» de Kelsen

En la literatura, se insiste a menudo en la tesis de la modernidad de la teoría jurídica kelseniana [93]. Esta tesis sin embargo no es del todo convincente.

Si bien la palabra «modernidad» es muy ambigua, se puede afirmar que la época contemporánea está marcada por la irremediable decadencia de la categoría hegeliana de la totalidad y por la quiebra de los modelos globales y omnicomprensivos [94]. El emblema del siglo XX es el laberinto. Los sistemas filosóficos y las grandes unificaciones tienen ya innegablemente el sabor del pasado. Quiebra incluso el intento del neopositivismo lógico de construir una ciencia unificada no como sistema, sino, mucho más modestamente, en el plano del lenguaje y de la integración enciclopédica [95]. Los mapas de la razón se tornan complejos sobremanera; el pensamiento tiende a hacerse

---

[92] Cfr. N. BOBBIO, «Essere e dover essere nella scienza giuridica» (1967), reimpr. en ID., *Studi per una teoria generale del diritto*, cit., 139-173, trad. cast. de Alfonso Ruiz Miguel, «Ser y deber ser en la ciencia jurídica», en *Contribución a la teoría del Derecho,* cit., 197-218, y M. G. LOSANO, *Forma e realtà in Kelsen*, Comunità, Milán 1981, p. 112. Obsérvese sin embargo que el método científico también prescribe describir (los hechos), sin que por esto pierda su neutralidad: la valoratividad del discurso metateórico no se comunica necesariamente a las teorías que son el objeto de ese discurso.

[93] Cfr. p. ej. A. CARRINO, «Introduzione» a ID. (ed.), *Kelsen e il problema della sovranità*, cit., pp. 13 ss., y P. BARCELLONA, «La debolezza dell'universalismo giuridico. A proposito della teoria pura del diritto», ivi, 67-82. En contra, G. TARELLO, «Kelsen e la cultura europea», en C. ROEHRSSEN (ed*.), Hans Kelsen nella cultura filosofico-giuridica del novecento*, cit., pp. 53-59.

[94] Por otra parte, una extrema defensa de la categoría de la totalidad se puede encontrar en L. GEYMONAT, Scienza e realismo, Feltrinelli, Milán, 1977.

[95] Cfr. AA.VV., *Neopositivismo e unità della scienza*, Bompiani, Milán 1958.

sectorial, regional; múltiples niveles explicativos –hay quien diría múltiples «niveles de realidad» [96]– coexisten. También en la ética los modelos demasiados sencillos pierden terreno. El hombre occidental, que vive en la «época de la secularización» [97], no puede en ningún caso aceptar del todo concepciones totalizantes: asume inevitablemente una «identidad *plurima*» [98]; los diversos sistemas de valores –los ideales heterogéneos– a los que se adhiere simultáneamente se relativizan [99] y son armonizados por complejas directivas procedimentales de segundo nivel o de orden superior [100]. La justificación moral y jurídica se articula así en construcciones de más grados. Sin embargo, el campo donde estas tensiones intelectuales han alcanzado su máximo vigor ha sido el de la axiomática. Allí el convencionalismo ha obtenido una considerable victoria cuando se ha demostrado que no hay una única lógica, una única matemática o una única geometría, sino muchas. La vieja idea de una fundamentación absoluta de estas ciencias, antaño basadas en un conjunto de postulados entendidos como verdades evidentes, se ha revelado ilusoria.

Ahora bien, la construcción teórica panjurídica y universalista de Kelsen, aun siendo tan audaz, no es una tesis moderna; es una tesis que mira con nostalgia hacia el mundo de ayer, aun más, del anteayer: mira hacia el mundo perdido en el que los ilustrados anhelaban vastas unificaciones racionales y en la que Kant cultivaba el ideal de la paz perpetua. Sin embargo, acabamos de ver cuán poco el pensamiento contemporáneo, tan complejo y estratificado, cree en las unificaciones. Paradójicamente, resulta mucho más moderna la tesis pluralista del «conservador progresista» Santi Romano [101].

---

[96] Cfr. M. PIATTELLI PALMARINI (ed.), *Livelli di realtà*, Feltrinelli, Milán 1984.

[97] Cfr. A. DEL NOCE, *L'epoca della secolarizzazione*, Giuffrè, Milán 1970.

[98] Cfr. M. LUZZATI, «Integrazione e assimilazione nella Livorno ebraica: proposte per una discussione», en ID. (ed.), *Ebrei di Livorno tra due censimenti (1841-1938). Memoria familiare e identità*, Belforte, Livorno 1990, 9-22, p. 19.

[99] La relativización de los valores jurídicos en el marco de una constitución pluralista en la que principios diversos puedan coexistir ha sido teorizada por G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Einaudi, Turín 1992, p. 17, trad. cast. de Marina Gascón, *El derecho dúctil,* Trotta, Madrid, 1995, p. 18. Vid. asimismo S. RODOTÀ, «Verso lo stato costituzionale», in *L'indice dei libri del mese*, 10 (1993), n.3, 4-5, y N. BOBBIO, *Della mitezza e delle leggi*, ivi, 5. Sin embargo, hay que mantenerse atento para no confundir la relatividad –esto es, la no objetividad– de todos los valores a nivel metaético con el inevitable debilitamiento de los valores jurídicos esbozados tan sólo génerica o vagamente por una legislación por principios.

[100] Cfr. P. BORSELLINO, «Etica laica e regole procedurali», en *Testimonianze*, 35 (1992), 32-40, número monográfico a cargo de P. L. Di Giorgi intitulado *Etiche in dialogo*. Adviértase un inciso: el debate sobre el monismo y el pluralismo en el derecho internacional presenta problemas perfectamente análogos en el plano estructural a los que surgen cuando se nos pregunta sobre las relaciones entre sistemas éticos diversos.

[101] Cfr. U. SCARPELLI, «Santi Romano, teorico conservatore, teorico progressista», cit.

Kelsen no es propiamente moderno, es una figura a caballo entre dos épocas: cierra una y abre otra. De él se puede repetir lo que él mismo dice de Dante: que su doctrina no era conforme con su momento: «aún no lo era, porque en muchos aspectos se anticipaba a su tiempo; y no lo sería jamás, porque la base sobre la que estaba edificada ya había tenido su tiempo» [102]. En la teoría pura, en efecto, aspectos extraordinariamente novedosos –como la teoría gradualista del ordenamiento, la tesis de la relativa indeterminación de las normas, el ataque al cognoscitivismo en ética o la crítica del dogma estatalista– se mezclan con aspectos que hoy aparecen decididamente superados, como la reducción de la norma jurídica a norma coactiva, la epistemología neokantiana o la concepción decimonónica de la lógica.

8. El jurista entre objetividad y compromiso

Entre las acusaciones que con mayor frecuencia se han dirigido contra Kelsen figura la de ser un iusnaturalista sin quererlo [103]. Apoyo textual no falta. El propio hecho de que Kelsen recupere de Christian Wolff, aunque sólo fuera en su terminología, el proyecto cosmopolita y racionalista de la *civitas maxima* parecería una concesión importante al iusnaturalismo. Por otra parte, el jurista de Praga afirma explícitamente que la *Grundnorm* es válida «al modo de una norma de derecho natural» ("Die Grundnorm gilt nicht, weil sie in bestimmter Weise gesetzt wurde, sondern sie wird –kraft ihres Gehaltes– als gültig vorausgesetz. Sie gilt also –abgesehen davon, dass sie nur hypothetisch gilt– wie eine Norm des Naturrechtes») [104]. Por lo demas, nuestro autor clarifica su pensamiento en otro pasaje precisando que

---

[102] Cfr. H. KELSEN, *Die Staatslehre des Dante Alighieri* (1905), trad. it. *La teoria dello Stato in Dante* de W. Sangiorgi, Boni, Bolonia 1974, p. 162.

[103] Cfr. p. ej. A. ROSS, «Review of Hans Kelsen*», What is Justice? Justice, Law, and Politics in the Mirror of Science. Collected Essays* (1957), trad. it. «Giustizia, diritto, e politica secondo Kelsen» de R. Guastini, en S. CASTIGNONE y R. GUASTINI (eds.), *Realismo giuridico e analisi del linguaggio (Testi di K. Olivecrona e A. Ross),* ECIG, Génova 1989, 137-146; ID., «Validity and the Conflict between Legal Positivism and Natural Law» (1961), trad. it. «Il concetto di validità e il conflitto tra positivismo giuridico e giusnaturalismo» de A. Pessina y A. Febbrajo, en A. ROSS, *Critica del diritto e analisi del linguaggio*, a cargo de A. Febbrajo y R. Guastini, Il Mulino, Bolonia 1982, 137-158, trad. cast. de Osvaldo Peschero y Genaro Carrió, «El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural», en ID., *El concepto de validez y otros ensayos,* Fontamara, México, 1993; ID., «Naturret contra retpositivisme» (1963), trad. it. «Giusnaturalismo contro positivismo giuridico» de S. Siciliano, *en Riv. trim. dir. e proc. civ*., 33 (1979), 701-723; E. PATTARO, «Postilla a Ross», ivi, 723-726; ID., «Il realismo giuridico come alternativa al positivismo giuridico», prefacio a K. OLIVECRONA, *La struttura dell'ordinamento giuridico*, Etas Kompass, Milán 1972, 1-55; ID., «Per una critica della dottrina pura», introducción a AA.VV*., Contributi al realismo giuridico*, Giuffrè, Milán 1982, XI-LXXXVI; A. CARRINO*, Kelsen e il problema della scienza giuridica*, ESI, Nápoles 1987; ID., *L'ordine dellle norme*, cit.; R. GUASTINI, *Dalle fonti alle norme*, II edic., Giappichelli, Turín 1992, pp. 83-98.

[104] H. KELSEN**, «**Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und Rechtspositivismus», cit., pp. 294-295, trad. it. cit., p. 408, cursivas del autor.

> «La norma fundamental ha sido descrita aquí como el presupuesto esencial de cualquier conocimiento jurídico positivo. Si se la quiere considerar como parte de una doctrina iusnaturalista, a pesar de su renuncia a cualquier elemento de justicia material, se pueden plantear bien pocas objeciones, tan pocas, de hecho, como las que se podrían presentar contra la calificación metafísica de las categoríasde la filosofía trascendental kantiana, basada en que no son datos de la experiencia, sino condiciones de la experiencia. Se trata simplemente de ese mínimo, allí de metafísica, aquí de derecho natural, sin el cual no es posible un conocimiento ni de la naturaleza ni del derecho.[105]

Sea como fuere, la disputa sobre el iusnaturalismo de Kelsen es en cierta medida estéril: su éxito depende esencialmente de cómo sean redefinidos los términos «iuspositivismo» y «iusnaturalismo» [106]. Sin embargo, todos, como es obvio, terminan por admitir que Kelsen se opone a todo intento de buscar la razón de la validez de las normas jurídicas en los principios sustanciales de un ordenamiento moral o divino superior al derecho positivo. La norma fundamental, de hecho, proporciona una razón inmanente de la fuerza vinculante, esto es de la validez, del derecho. Por otro lado, tal norma es una «hipótesis que puede ser aceptada o no aceptada»: justifica «sólo condicionalmente la obediencia a la ley» [107]. Por tanto, si se quiere, podrá hablarse a lo sumo de un «iusnaturalismo lógico-formal» en Kelsen [108]. Sin embargo, entonces surge la sospecha de que del iusnaturalismo no queda sino una especie de cáscara vacía de contenido.

Pero hay que decidirse.

O se considera que la dificultad central de la teoría pura esta constituída por el hecho, fuera de duda, de que el método kelseniano no es avalorativo como presume, y entonces, para el iuspositivismo anti-ideológico, la alternativa a las tesis de Kelsen estará representada por un método efectivamente en condiciones de garantizar la objertividad de la ciencia jurídica.

---

[105] H. KELSEN, op. ult. cit., p. 339, trad. it. cit., p. 445. Cfr. también A. MERKL, «Das doppelte Rechtsantlitz. Eine Betrachtung aus der Erkenntnistheorie des Rechts», en *Juristische Blätter*, 47 (1918), 425 ss., reimpr. en H. KLECATSKY-R. MARCIC-H. SCHAMBECK (eds.), *Die Wiener rechtstheoretische Schule,* cit.,I, 1091-1113, p. 1112, trad. it. «Il duplice volto del diritto» de C. Geraci, en ID., *Il duplice volto del diritto*, cit., 99-128, p. 126: «El reproche de jusnaturalismo está fuera de lugar cuando se trata de colocar las primeras piedras del edificio jurídico. Éstas no pueden estar constituidas ellas mismas de material iuspositivo, en la medida en que luego pueda erigirse sobre esta base un edificio jurídico positivamente puro» .

[106] Cfr. A. FEBBRAJO, «Una critica realistica del diritto», una de las dos introducciones a A. ROSS*, Critica del diritto e analisi del linguaggio*, cit., 11-45, pp. 31-36.

[107] H. KELSEN, «Why Should the Law Be Obeyed?», en ID*., What is Justice? Justice, Law, and Politics in the Mirror of Science*, University of California Press, Berkeley y Los Angeles 1957, 257-265, trad. it. «Perché obbedire al diritto?» de R. Guastini, en H. KELSEN, *La teoria politica del bolscevismo*, cit., 168-177, p. 174, trad. cast. de Albert Calsamiglia, «¿Por qué obedecer al derecho?», en ID. *¿Qué es justicia?,* Ariel, Barcelona, 1982, 183-193, p. 190.

[108] Cfr. A. CARRINO, *Kelsen e il problema della scienza giuridica*, cit., cap. III.

O bien se considera que la dificultad central de la teoría pura está constituída por el hecho, igualmente fuera de duda, de que por medio de la *Grundnorm*, se confiere a los valores reputados jurídicos un absolutismo excluyente de cualquier otro valor y entonces la alternativa a las tesis de Kelsen será representada por un consecuente relativismo metaético.

Tales consideraciones equivalen a preguntarse si la oposición relevante para resolver las aporías kelsenianas se da entre, de un lado, las ideologías jurídicas que, en caso de que el compromiso ideológico sea interpretado siempre como un compromiso moral, recaerían todas dentro del caldero del iusnaturalismo, y, de otro lado, un iuspositivismo verdaderamente capaz de exorcizar los valores; o si, por el contrario, una vez dada por descontada la ineliminabilidad de los valores de la teoría general, la elección se reduce entre una fundamentación del derecho sobre valores absolutos y una metaética basada en valores meramente relativos.

9. La vía de la objetividad

El primer camino es recorrido por aquellos realistas, extremos o moderados, que sostienen que nos debemos limitar a «describir» las acciones, los documentos y las creencias de los participantes. El término «positivismo» viene entendido en una acepción más filosófica que político-jurídica, dado que semejante aproximación pretende reducir la vigencia de un sistema jurídico a una serie de relaciones de hecho verificables de modo objetivo en el terreno histórico-sociológico. La norma fundamental o deviene superflua o bien se revela como una deformación de la realidad: la justificación última debe así ceder el paso a la efectividad del poder último [109]. De este modo, para el realismo las reglas jurídicas, si se quiere hablar de reglas, son vistas como un subconjunto particular de las reglas eficaces en un grupo social. Según este modelo, el científico del derecho asume una actitud neutral, *uncommitted*, que es parasitaria respecto al punto de vista en modo alguno distanciado del operador jurídico (el *legal man*) [110]. La dogmática tradicio-

[109] Cfr. N. Bobbio, «Sul principio di legittimità» (1964), reimpr. en Id., *Studi per una teoria generale del diritto*, cit., 79-93, pp. 88-89, trad. cast. de Alfonso Ruiz Miguel, «Sobre el principio de legitimidad», en ID., *Contribución a la teoría del derecho,* cit., 297-306, pp. 302-303.

[110] Cfr. J. Raz, «Legal Validity» (1977), reimpr. en Id., *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Clarendon, Oxford 1979, 146-159, p. 159, trad. cast. de Rolando Tamayo y Salmorán, «La validez jurídica», en ID., *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral,* UNAM, México, 1982, 187-203, p. 202 : «Cabe admitir que los enunciados desde un punto de vista son parasitarios de los enunciados normativos genuinos». Vid. también Id., «Legal Positivism and the Sources of Law», en *The Authoririty of Law,* cit., 37-52, trad. cast. «El positivismo jurídico y las fuentes del derecho», en *La autoridad del derecho,* cit., pp. 55-73, Id., «Kelsen's Theory of the Basic Norm» (1974), en *The Authority of Law,* cit., 122-145, trad. cast. «La teoría de Kelsen de la norma fundamental», en *La autoridad del derecho,* cit., pp.

nal se reduce así a un conjunto de prácticas supersticiosas. Después de todo, incluso un anarquista [111] podría ser perfectamente profesor de derecho en este sentido, puesto que estaría en condiciones de describir los comportamientos de los juristas-salvajes como haría un etnólogo victoriano, sin por ello mismo tener que aceptar las implicaciones de valores inherentes a tales comportamientos. Es, de otra parte, esencial para el realista, con el fin de no arriesgarse a atribuir a los valores una existencia en algún modo objetiva, que la prescriptividad sea explicada en términos de actitud proposicional y de fuerza ilocutiva de los actos lingüísiticos [112].

Quienes se mueven en la perspectiva aquí delineada ponen el acento sobre todo en el último Kelsen, el de *Allgemeine Theorie der Normen,* subrayando los elementos voluntaristas de sus tesis y atribuyéndole una conversión a la llamada «concepción expresiva de las normas» [113]. Se nos llama la atención además sobre la circunstancia de que en el pensamiento más reciente de Kelsen, la norma fundamental como hipótesis trascendental se transforma en una ficción que, según estos intérpretes, tendría una única finalidad: legitimar preventivamente las prácticas efectivas de los juristas, sea cual fuere el signo de éstas [114].

157-186, ID., «The Purity of the Pure Theory», en R. TUR e W. TWINING (eds.), *Essays on Kelsen*, cit., 79-97, y S. L. Paulson, «Kelsen without Kant», cit.

[111] Cfr. H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, II edic., cit., § 34, i, p. 224, trad. it. cit., p. 248, trad. cast. cit. p 228.

[112] Cfr. J. RAZ, «The Purity of the Pure Theory», cit., pp. 86 y 92, y R. GUASTINI, *Dalle fonti alle norme*, cit., p. 87: «En las doctrinas iusnaturalistas, la «fuerza vinculante» de las normas es una cualidad comparable a la verdad de las proposiciones; del mismo modo que la verdad de las proposiciones, así también la validez (obligatoriedad) de las normas es algo que puede ser objetivamente comprobado. Según Ross, por el contrario, la pretendida «fuerza vinculante» de una norma no es sino el resultado de un acto subjetivo de aceptación de la norma misma: considerar una norma obligatoria no es diferente de aceptarla. Ahora bien, la aceptación de una proposición (esto es, de una actitud proposicional) no tiene influencia alguna sobre el valor de verdad de la proposición misma, el cual depende exclusivamente de la correspondencia de la proposición con los hechos (una proposición, si es falsa, permanece falsa aunque sea aceptada y, si es verdadera, permanece también rechazada). Por el contrario, la aceptación de una norma es «constitutiva» de su fuerza vinculante.»

[113] Cfr. p. ej. R. GUASTINI, «Giudizi di validità e scienza giuridica nell'ultimo Kelsen», en L. GIANFORMAGGIO (ed.), *Sistemi normativi statici e dinamici. Analisi di una tipologia kelseniana*, Giappichelli, Turín 1991, 413-427, pp. 418 ss., y C. ALCHOURRÓN-E. BULYGIN, «The Expressive Conception of Norms», en R. HILPINEN (ed.), *New Studies in Deontic Logic*, Reidel, Dordrecht, 1981, pp. 95-124, trad. cast. «La concepción expresiva de las normas», en C. ALCHOURRÓN-E. BULYGIN, *Análisis lógico y derecho,* C.E.C., Madrid, 1991, pp. 121-153.

[114] Cfr. L. GIANFORMAGGIO, «Cosa resta nella «Allgemeine Theorie der Normen» dei sistemi normativi statici e dinamici?», en ID. (ed.), *Sistemi normativi statici e dinamici*, cit., 449-470, pp. 449-451, trad. cast. de Marcel Serrano, «¿Qué queda en la Allgemeine Theorie der Normen de los sistemas estáticos y dinámicos?», en ID. *Estudios sobre Kelsen,* Fontamara, México, 1994, pp. 81-99.

Ahora ya nada hay que objetar al estudio exclusivamente sociológico y ajeno a los fenómenos jurídicos en la medida en que ello sea posible (éste es un problema que no se aborda aquí), pero es necesario ser cauto para no deslizarse inadvertidamente desde una investigación trabajosa –y necesariamente *a posteriori*– de la *objetividad,* hacia un apriorístico intento de *fundamentación objetiva* del derecho sobre determinadas realidades de hecho. Es común que, merced a un inadmisible tránsito desde la eficacia hacia el deber, o sea desde el ser al deber ser (o mejor, desde las aserciones a las prescripciones), se intente implícitamente justificar el estado de cosas existente. Semejante movimiento, lejos de representar una superación de la teoría pura, constituye un claro retorno a posiciones prekelsenianas.

Por otra parte, las limitaciones impuestas por un método rigurosamente descriptivo son bastante severas. El estudioso que desee permanecer verdaderamente neutral deberá abstenerse no sólo de pronunciarse sobre cualquier problema concerniente a la aplicación o la interpretación de disposiciones jurídicas concretas, tampoco podrá abordar *directamente* ninguno de los problemas típicos de la teoría general, como por ejemplo: la definición del término «derecho»; la delimitación del ámbito de la juridicidad con respecto a otros ámbitos (los de la costumbre, la buena educación, la moral, etc.); la individuación de las fuentes de producción y de conocimiento de los sistemas jurídicos; el análisis estructural y funcional de las normas; la elaboración de los criterios de identidad y de vigencia de los ordenamientos; la justificación jurídica y/o política de los actos de producción del derecho; la oportunidad de realizar, en alguna medida, determinados valores como la certeza y la legalidad estricta; etc. Frente a todos estos problemas deberá contentarse con referir las opiniones del jurista-salvaje, al que naturalmente se añadirán también las opiniones del teórico-salvaje y del filósofo-salvaje. La virtud de esta aproximación consiste en posibilitar una crítica radical de la ontología jurídica, esto es, de la ontología que, por así decir, toma en serio la metáfora de la validez-existencia. Su indiscutible defecto es que no proporciona respuesta alguna a los problemas prácticos.

10. La vía del compromiso

No hay duda de que para actuar –y para evaluar críticamente la conducta propia y la ajena– es necesario tomar posición, elegir, decidir. Desde este punto de vista práctico-operativo, las normas jurídicas se presentan como «razones» más o menos fuertes que justifican –o convierten en injustificados– ciertos comportamientos. Estas razones pueden ser simplemente *mencionadas*; a pesar de que los jueces que ejercen su función, los particulares que estipulan negocios o ejercitan sus acciones para hacer valer sus derechos y los estudiosos que sostienen esta o aquella tesis interpretativa en par-

ticular no se limitan a mencionar las normas, sino que las *usan* como criterios de valoración. El uso de las normas, por otra parte, presupone su aceptación del mismo modo en que la comunicación humana (y la propia posibilidad de la mentira y el engaño) se basa en una presunción salvo prueba en contra de la veracidad de nuestras afirmaciones. Quien invoca una norma sin aceptarla –o, por lo menos, fingir aceptarla– incurre en un absurdo pragmático análogo a aquél en que incurriría quien afirmase: «llueve, pero no lo creo» [115].

También el teórico general, definiendo expresiones como «derecho objetivo», «derecho subjetivo», «ordenamiento», «norma», «relación jurídica», «sanción», «efecto jurídico», «institución», «persona», «validez», etc., y afrontando el problema de las fuentes del derecho, se mueve en un plano prescriptivo: su tarea, de hecho, consiste en proporcionar una serie de directivas, de instrumentos y de doctrinas al jurista militante que valora y decide.

Quienquiera que busque en las normas una guía para la acción no puede prescindir de una «norma fundamental»; ésta es sencillamente un compromiso considerado último y que no es justificable ulteriormente con argumentos jurídicos; sin embargo, a partir de tal compromiso, se hace derivar toda justificación jurídica. Bajo esta perspectiva, el iusnaturalismo, el realismo jurídico –en la medida en que desemboca en una jurisprudencia sociológica o de los intereses– y el iuspositivismo son tres familias de ideologías diversas que, lejos de discutir (como parecería) «qué es verdaderamente el derecho», tratan de guiar la acción de los juristas de tres modos sustancialmente diferentes que encuentran su justificación última en tres normas fundamentales distintas.

Resulta oportuno sin embargo, advertir que la locución «norma fundamental» suena algo infeliz, aunque sólo sea porque sugiere la idea de una fundamentación absoluta de los sistemas jurídicos [116]. A los primeros positivistas les pareció que la validez de los ordenamientos encuentra un fundamento sólido en determinados hechos como, por ejemplo, la efectividad del poder soberano y la concreta emanación de actos normativos por parte de las autoridades reconocidas de un grupo social organizado. Sin embargo, no se pueden extraer preceptos ni de verdad de hecho, como desearían ciertos positivistas y ciertos realistas, ni de verdad de razón, como desearían cier-

---

[115] Cfr. A. Ross, *Directives and Norms* (1968), trad. it. *Direttive e norme* de M. Jori, Comunità, Milán, 1978, pp. 78 ss., trad. cast. de José Hierro Sánchez-Pescador, *Lógica de las normas,* Tecnos, Madrid, 1971, pp. 35 ss. y P. H. Nowell-Smith, *Ethic*s (1954), trad. it. *Etica* de E. y M. Cingoli, La Nuova Italia, Florencia 1974, trad. cast., *Ética,* de Gilberto Gutiérrez, Verbo Divino, Estella, 1977, cap. VI.

[116] Cfr. U. Scarpelli, *Cos'è il positivismo giuridico*, Comunità, Milán 1965, cap. VII.

tos iusnaturalistas, por cuanto que semejante «deducción» comportaría una violación de la llamada ley de Hume que prohibe el tránsito de premisas puramente descriptivas a conclusiones prescriptivas [117]. Se desploma así la posibilidad misma de convertir los valores jurídicos en verdaderos, objetivos, absolutos, esto es, independientes de las actitudes pragmáticas de aceptación o de rechazo de los hablantes. La fundamentación fáctica del derecho adquiere alguna plausibilidad aparente sólo porque esconde tras el velo de una pseudoobjetividad científica un difuso compromiso práctico de tipo conformista [118] que puede resumirse en la orden «¡Compórtate como suelen comportarse los demás!». La «normalidad», en el sentido de «habitualidad» o de «regularidad», eleva así a norma una opción valorativa que demasiado a menudo permanece inconsciente. Por otra parte, no se es suficientemente consciente de que podría perfectamente preferirse a la elección recién mencionada la contraria, la que impone, al menos en algunos casos, actuar de manera inconformista.

Como se ha puesto de relieve, los juristas de formación analítica atacan radicalmente la concepción kelseniana

> «de la teoría del derecho como teoría pura, metafísica crítica de las formas constitutivas de la sociedad y en especial del derecho. La teoría kelseniana del derecho se asemeja para el analítico a una construcción lógicamente arbitraria, necesitada de una justificación pragmática: puesto que se trata de una teoría atinente a la disciplina y al control de los comportamientos en la sociedad, muchos analíticos tienden a ver en una justificación política la justificación pragmática apropiada para ella. Podemos decir que la crítica analítica de Kelsen, recorriendo caminos bien diversos, ha terminado encontrando la crítica marxista en el reconocimiento de la función politica ejercitada por la teoría kelseniana. Esta toma de conciencia ha sucedido en la crítica analítica en diferentes niveles de discurso y en relación con múltiples compromisos semánticos y sintácticos en el origen de la teoría; pero ha tenido su lugar central y típico en la prolija y controvertida discusión sobre la norma fundamental (o, despues de Hart, «regla de reconocimiento») como criterio de selección de las normas de un ordenamiento jurídico, a fin de usarlo en las calificaciones de actos y hechos en relación con el ordenamiento» [119].

La afirmación kelseniana según la cual la teoría general «es ciencia del derecho, no política del derecho» [120] ya no se puede secundar. En el contexto

---

[117] Adviértase, sin embargo, que también hay autores que contestan vivamente la ley de Hume, cfr. p. ej. G. CARCATERRA, *Il problema della fallacia naturalistica. La derivazione del dover essere dall'essere*, Giuffrè, Milán 1969. Más en general, sobre la llamada *Is-Ought Question*, cfr. *La logica e il dover essere*, número especial a cargo de U. Scarpelli de la *Rivista di filosofia,* 67 (1976). Vid. por último B. CELANO, *Dialettica della giustificazione pratica. Saggio sulla legge di Hume*, Giappichelli, Turín 1994.

[118] Cfr. M. JORI, «Legal Positivism», en *Diritto e cultura*, 1 (1992), 109-142, p. 127.

[119] U. SCARPELLI, «La critica analitica a Kelsen», cit., p. 73.

[120] H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, I edic., cit., § 1, p. 1, trad. it. cit., p. 47, trad. cast. cit. p. 15.

de un marco teórico semejante, el positivismo jurídico de Scarpelli se presenta como la ideología en cuya virtud los juristas deben situarse en el terreno de la estricta legalidad y de la certeza del derecho mediante una fijación inicial de criterios generales que hagan previsible al máximo las decisiones de los jueces y de los funcionarios públicos. En otras palabras, el iuspositivismo es aquella técnica de acción social que tiende a limitar lo más posible las decisiones equitativas tomadas caso por caso. El compromiso justificativo del positivista no debe nunca, empero, transformarse en un compromiso ontológico que conciba las normas como entidades distinguidas por su «específica» existencia. Después de todo, la del ordenamiento jurídico es una útil metáfora que no es tomada exageradamente en serio, hipostasiándola.

A estos efectos, conviene observar que, si bien la empresa de proporcionar un fundamento «objetivo» al derecho está destinada al fracaso para el no cognoscitivismo ético, este fracaso no arrastra consigo la posibilidad epistemológica de estipular preventivamente normas y criterios intersubjetivos de comportamiento. Nada impide, en efecto, que se contemplen las normas como significados de enunciados concretos, o sea como proposiciones. Y de las proposiciones no se predica existencia. Estos contenidos de significado pueden ser verificados y aclarados en alguna medida según su grado de vaguedad y de ambigüedad en un nivel metalingüístico. Las reglas jurídicas no son deducibles de un principio autoevidente ni pueden ser recabadas por medio de una intuición moral objetiva, sino que una vez que han sido creadas, constituidas, determinadas convencionalmente, si son lo bastante precisas y unívocas, representan criterios intersubjetivos, de acuerdo con los cuales los comportamientos humanos son conmensurables [121]. El no-cognoscitivismo ético, por tanto, no implica de hecho el escepticismo ante las normas ni implica, como querría una concepción simplista, que las expresiones normativas se encuentren privadas de significado o puedan en todo caso reducirse a significados descriptivos [122].

Por otra parte, no es fácil establecer si la aproximación práctico-operativa al derecho comporta una conexión necesaria entre derecho y moral. La

---

[121] Cfr. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari 1989, cap. I, trad. cast. de P.Andrés Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J.C. Bayón, J. Terradillos Basoco, R. Cantarero Bandrés, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal,* Trotta, Madrid, 1995.

[122] Cfr. R. M. HARE, *The Language of Morals*, O.U.P., Londres 1952, trad. cast. de G. R. Carrió y E. Rabossi, UNAM, México, 1975; U. SCARPELLI, *Contributo alla semantica del linguaggio normativo* (1959), nueva edic. a cargo de A. Pintore, Giuffrè, Milán 1985, e ID., *Filosofia analitica, norme e valori*, Comunità, Milán 1962. Tengo la impresión de que en el equívoco señalado en el texto cae también J. RAZ, «Legal Positivism and the Sources of Law», cit., e ID., «The Purity of the Pure Theory», cit., cuando asocia al positivismo jurídico «the reductive semantic thesis which proposes a reductive analysis of legal statements according to which they are non-normative, descriptive statements of one kind or another».

subsistencia de tal conexión, obviamente, depende no sólo de nuestro modo de definir el término «derecho», sino también de nuestro modo de definir el término «moral». En particular si entendemos la moral en un sentido débil, no como un conjunto específico de valores, sino como un compromiso genérico –esto es, como el mero situarse en el punto de vista interno prescindiendo del tipo de valores que sean aceptados– entonces la conclusión de que entre derecho y moral habría una conexión necesaria se torna inevitable. Esto, sin embargo, no implica que deba existir un vínculo inescindible en sentido fuerte entre las normas de un dado ordenamiento jurídico y las normas de un sistema moral cualquiera. Por todo ello, podemos concluir con las palabras de Scarpelli, quien escribía en *Cos'è il positivismo giuridico:*

> «La cuestión que se halla verdaderamente en el corazón del positivismo jurídico, se resuelve a mi juicio del siguiente modo: es inherente al positivismo jurídico una opción política, pero la opción política es una opción en favor del derecho positivo identificado por medio de sus características formales, es una opción por una ciencia y una práctica del derecho que, una vez aceptado el derecho positivo, lo estudien o lo apliquen fielmente prescindiendo de los juicios de valor sobre su contenido, salvo por lo que se refiere a aquellos que intervengan en la interpretación dentro de los límites admisibles. La opción del positivismo jurídico es una opción general, una opción general en favor del derecho positivo y del método positivo en la ciencia y en la práctica del derecho, una opción general por la renuncia a las opciones particulares frente a los contenidos concretos que el derecho tiene o puede asumir. Con respecto a las opciones particulares concernientes a los contenidos concretos del derecho positivo la positivista es una opción de segundo grado, que elimina esas opciones particulares sometiéndose al derecho positivo y sus contenidos de una vez por todas [...] La separación entre el derecho y la moral, entre el derecho y los valores a la luz de los cuales se evalúa el derecho, es, en efecto, esencial para el positivismo jurídico, pero es necesario ver que tal separación radica en un acto moral, en un acto político, en una valoración: los juicios internos a un sistema de derecho positivo se distinguen de los juicios de valor sobre el sistema y sus normas en el nivel de discurso que les es propio, pero en el nivel superior, donde se establece la distinción, la distinción misma emana de los juicios de valor que sustentan la opción general del positivismo jurídico. En pocas palabras, es la moral la que separa el derecho de la moral, la moral en el nivel de una opción general que separa el derecho, la ciencia y la práctica del derecho de la moral en el nivel de las opciones particulares frente a los contenidos del derecho» [123].
>
> (Trad. de Alfonso García Figueroa)

[123] U. SCARPELLI, *Cos'è il positivismo giuridico*, cit., p. 133.

Isabel Lifante Vidal

«INTERPRETACIÓN Y MODELOS DE DERECHO. SOBRE EL PAPEL DE LA INTENCIÓN EN LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA»

DOXA 22 (1999)

INTERPRETACIÓN Y MODELOS DE DERECHO. SOBRE EL PAPEL DE LA INTENCIÓN EN LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA

Isabel Lifante
Universidad de Alicante

1. Introducción

El objetivo del presente artículo[1] es analizar una discusión que, en los últimos años, ha cobrado gran auge en el ámbito de la teoría de la interpretación jurídica y que puede verse como el resurgimiento de la clásica polémica a propósito del papel de las intenciones en la interpretación del Derecho. Lo que caracterizaría al planteamiento actual de esta discusión sería que, en ella, la argumentación principal que dan los intencionalistas a favor de sus tesis se encuentra estrechamente vinculada al análisis de la noción de autoridad.

El origen de esta discusión puede situarse en la crítica que Marmor dirige al modelo dworkiniano de interpretación jurídica; como es sabido, éste es un modelo constructivo o dependiente de valores, que apenas concede importancia a las intenciones de los creadores del Derecho. Por su parte, las tesis de Marmor toman como punto de partida el modelo de Derecho sugerido por Raz, siendo el soporte básico de su argumentación el análisis de la noción de autoridad desarrollado por este autor. También el propio Raz ha intervenido en la polémica, y aunque sus tesis intencionalistas tienen un alcance algo más limitado respecto a la interpretación que las de Marmor, en algunos puntos su argumentación me parece más desarrollada. Seguiré, por tanto, el hilo expositivo que utiliza Marmor y expondré a continuación las tesis de Raz.

Esta discusión se ha planteado, en mi opinión, en unos términos particularmente confusos. Sin menospreciar la complejidad aportada por el tema general en el que se integra, el de la interpretación jurídica, creo que los mayores problemas vienen originados por el escurridizo concepto de «intención». Sin embargo, no analizaré a fondo este intrincado concepto, sino que me limitaré a señalar los distintos significados con los que se usa dicho tér-

[1] Este artículo reproduce, con escasas modificaciones, la ponencia presentada al IV Congreso Hispano-Italiano de Teoría del Derecho, celebrado en Almagro en octubre de 1998.

mino en el ámbito de la discusión; estas aclaraciones nos permitirán precisar en alguna medida las posturas sostenidas por Raz y Marmor. Mi principal conclusión será, sin embargo, que sus tesis difícilmente pueden calificarse de «intencionalistas» respecto a la interpretación jurídica. Para finalizar, y quizás con el «inconfesable» propósito de justificar en alguna medida el título del trabajo, intentaré conectar las tesis analizadas con el concreto modelo de Derecho con el que operan sus partidarios, señalando las deformaciones que dicha perspectiva puede originar en la caracterización de la interpretación jurídica.

2. Las tesis intencionalistas de Marmor

En su libro *Interpretation and Legal Theory*, Marmor define la interpretación en general como «la imposición de significado a un objeto», e intenta determinar cuál sería la concepción apropiada de «significado» para este concepto de interpretación. Con este fin, analiza las posibles respuestas a esta cuestión: una noción semántica de «significado», lo que podría considerarse como el significado de un objeto [*meaning of*]; y una noción pragmática de «significado», esto es, lo que el autor quiere decir por medio del objeto [*meaning that*][2]. La primera noción es rechazada, porque –para Marmor– el significado semántico de una expresión está, al menos en el contexto lingüístico, básicamente determinado por reglas o convenciones, mientras que la interpretación sería una excepción al entendimiento estándar del lenguaje y de la comunicación[3] y, a diferencia de éste, no estaría gobernada por reglas. Marmor se decanta, por tanto, por la otra noción disponible de significado, la pragmática, proponiendo así un concepto de interpretación en términos de atribución de intenciones comunicativas (Marmor, 1992, pp. 30 y ss.). Aunque, como no todas las interpretaciones pueden verse como descripciones de lo que un hablante quiso decir, Marmor amplía la noción pragmática de significado, incluyendo también la atribución de intenciones contrafácticas. Un enunciado interpretativo es así, para Marmor, o bien «un enunciado sobre las intenciones comunicativas del hablante

[2] Estas dos nociones de significado pueden considerarse paralelas a las nociones básicas que distingue Grice en su artículo «Las intenciones del hablante», denominadas por él «significado atemporal» (que coincidiría con el significado del objeto) y «significado ocasional» (que coincidiría con el significado para el autor). La clasificación de Grice es, sin embargo, algo más compleja. Dentro del significado ocasional, este autor distingue entre lo que llama «significado ocasional de una proferencia tipo», que sería el que estaría en juego en proposiciones con la forma: «Con X (proferencia tipo) H quiso decir "..."»; y lo que llama «significado ocasional del hablante», que se encontraría en especificaciones del tipo: «Al proferir X, H quiso decir que ...» (Grice, 1991, pp. 481-485).

[3] Esta «tesis de la excepción» defendida por Marmor a propósito de la interpretación se encuentra desarrollada extensamente en el cap. 2 de su libro (Marmor, 1992, pp. 13-34).

real», o bien «un enunciado contrafáctico, que caracteriza las intenciones comunicativas de un hablante ficticio, cuya identidad y naturaleza son o explícitamente definidas o [...] presupuestas por la concreta interpretación ofrecida» (Marmor, 1992, p. 31). Y será precisamente esta supuesta identidad y caracterización del hablante ficticio lo que determine el criterio de valoración presupuesto por el tipo de interpretación de que se trate [4].

Centrémonos en la interpretación del Derecho. En este ámbito, Marmor pretende presentar su concepción como una alternativa a las tesis de Dworkin; frente al modelo constructivo o basado en valores que este último defiende, Marmor se muestra partidario de un modelo intencional o comunicativo. Ahora bien, para que las tesis de Marmor resulten relevantes como alternativa a la concepción de Dworkin, las intenciones a las que se hace referencia en esta interpretación han de ser intenciones reales y no meramente ficticias o contrafácticas [5]. Y ello porque resultaría prácticamente equivalente decir que una determinada interpretación es la que muestra un objeto bajo su mejor ángulo –como diría Dworkin–, que considerar que esa interpretación responde a las intenciones de un autor ficticio, al que podemos suponer las intenciones de crear «el mejor Derecho posible» [6]. En otras palabras, creo que las concepciones «generales» de la interpretación sostenidas por Marmor y por Dworkin no resultan tan incompatibles como el propio Marmor parece suponer, o mejor dicho, que el modelo de interpretación de Dworkin puede tener cabida en la concepción general de la interpretación sostenida por Marmor [7]; las diferencias habrán de encontrarse, en su caso, en lo que, para cada uno de estos autores, constituyen los específicos criterios de valoración de la interpretación jurídica. Analicemos, por tanto, el papel concedido por Marmor a las intenciones en este tipo de interpretación.

Marmor considera que, en el ámbito del Derecho, es posible dar dos versiones distintas del intencionalismo que no se encuentran implicadas entre sí. La primera tiene que ver con la identificación de una norma jurídica co-

---

[4] Marmor considera en este punto, y a diferencia de Dworkin, que la interpretación no tiene por qué implicar siempre un mismo criterio de valoración (Marmor, 1992, pp. 34, 51 y ss.).

[5] Creo que esta idea –aunque no recogida expresamente– subyace al análisis de Marmor; incluso en algún momento (refiriéndose a las que llama «intenciones en cuanto a la aplicación»), realiza una observación de este tipo (Marmor, 1992, pp. 170-171).

[6] En un sentido similar a éste se pronuncia Endicott (1994, p. 456).

[7] Dworkin considera, al igual que Marmor, que toda interpretación debe, necesariamente, hacer referencia a propósitos, señalando que la intención a la que se refiere no tiene por qué ser entendida necesariamente como un estado mental. Toda interpretación debe proponer una manera de ver el objeto interpretado como si se tratara del producto de la decisión de buscar un conjunto de temas, visiones o propósitos, es decir, un «sentido», y esto es así incluso cuando no exista un autor histórico del que pueda predicarse dicho propósito (Dworkin, 1986, p. 59).

mo tal y la segunda, con la determinación del significado de la norma, con su interpretación (Marmor, 1992, p. 105).

La primera versión del intencionalismo

Respecto a la primera versión del intencionalismo, Marmor sostiene que las intenciones desempeñan un rol crucial en la identificación de las normas jurídicas; según él, algo sólo puede ser identificado como una norma jurídica si se presume que ha sido creado como tal. A partir de las tesis de Raz, la justificación a la que alude Marmor se basa en una concepción personal de la autoridad, que podría esquematizarse como sigue: (1) El Derecho es inteligible sólo si pretende tener autoridad legítima; (2) para que algo sea susceptible de pretender autoridad, debe ser un tipo de cosa capaz de tenerla; y (3) sólo las personas, que pueden comunicarse con otros, son capaces de tener autoridad (Marmor, 1995, pp. 311-312).

Esta concepción personal de la autoridad –advierte Marmor– supone que la autoridad del Derecho sólo puede basarse en la autoridad de sus autores, pero no implica que sean las características personales del autor las que lo convierten en autoridad. «No consideramos –dice Marmor– a ciertas personas como autoridades porque ellas tengan ciertas características personales, sino porque actúan en una función o cargo de autoridad. Es la identidad del cargo y no la identidad personal lo que importa [...] No hay –continúa– nada realmente personal acerca de la concepción personal de la autoridad». La única presuposición de esta concepción sería entonces que «alguien» en el cargo de autoridad debe haber dictado el Derecho (Marmor, 1995, pp. 325-326).

A esta tesis subyace «un modelo comunicativo de Derecho». El Derecho es visto básicamente como un producto de comunicación: el producto de una autoridad que expresa sus puntos de vista sobre la conducta deseable de sus sujetos. Este modelo puede tener algunos inconvenientes en el caso de la costumbre. Marmor es consciente de ello y admite que la concepción personal de la autoridad no se adecua completamente a estos casos, pero señala que también las costumbres reflejan el punto de vista de «alguien» (gran parte de la comunidad), acerca de cómo deben comportarse los individuos; de modo que podría considerarse que son una estructura «informal» de expresión colectiva, que resultaría en cierta medida equivalente a las estructuras formales de decisión colectiva (Marmor, 1995, p. 329).

No me detendré más en esta primera versión del intencionalismo, ya que, por un lado, no se relaciona directamente con la interpretación del Derecho, sino con su identificación y, por otro, coincide en gran medida con la tesis de la intención de la autoridad defendida por Raz, de la que luego me ocuparé.

La segunda versión del intencionalismo

La segunda versión del intencionalismo sí que tiene que ver con la interpretación del Derecho. En este punto, Marmor sintetiza su postura en las dos siguientes tesis: 1) las leyes, al menos en ciertos casos, son promulgadas con intenciones específicas y ésta es una cuestión de hecho que es distinguible del procedimiento para poder probar ese hecho; y 2) en ciertos casos, la presencia de tal circunstancia (que una ley haya sido promulgada con una intención específica) suministra al juez una razón para decidir una disputa jurídica de acuerdo con la intención legislativa (Marmor, 1992, p. 156). Su argumentación se desarrolla, pues, en dos niveles: **(1)** un nivel descriptivo, que intenta mostrar que es posible identificar tanto al «legislador» cuyas intenciones deben tenerse en cuenta, como al tipo de intenciones que son potencialmente relevantes para la interpretación jurídica; y **(2)** un nivel justificativo, que se preocupa de determinar por qué, y cuándo, está justificado acudir a las intenciones legislativas para la interpretación del Derecho.

(1) Empecemos por el nivel descriptivo. Aquí nos encontramos como primer problema con el hecho de que el legislador no suele ser una única persona, sino un cuerpo legislativo compuesto por numerosos miembros. ¿Cómo pueden atribuirse intenciones a un órgano de este tipo? Marmor rechaza la posibilidad de recurrir aquí a la noción de «intenciones representativas», pues ésta exige que se identifiquen ciertos individuos cuyas intenciones cuenten como la intención del órgano mismo, lo que requiere la existencia de un conjunto de reglas o convenciones que determinen esas cuestiones; convenciones que no suelen existir respecto a las intenciones de los legisladores. Para escapar a la crítica de los «escépticos radicales», según la cual la intención sería un predicado mental y por tanto sólo atribuible a los que poseen capacidades mentales (los individuos considerados aisladamente), Marmor alude a la distinción entre la idea de «intención de un grupo», que sería la rechazada por los escépticos, y la de «intenciones compartidas», que aquéllos parecen ignorar (Marmor, 1992, 162-163). Atribuir estas «intenciones compartidas» a un grupo no es –señala Marmor– una cuestión puramente cuantitativa (acerca de cuántos miembros de cierto grupo comparten una determinada intención), sino que es necesario que se dé un elemento adicional: que exista una conexión no accidental entre la identificación del grupo como tal y la intención pertinente. Así, por ejemplo, puede hablarse de que una nación aspira a la independencia; en este caso, aquéllos que comparten la intención pertinente también comparten la expectativa de que su intención sea respaldada por su grupo como tal. Sin embargo, no tendría sentido hablar de que la nación tiene la intención de comer grandes cantidades de fresas, y ello –dice Marmor– porque dicha intención no tiene

nada que ver con la identificación del grupo como nación. Trasladándose al ámbito jurídico, considera que la intención legislativa será considerada pertinente cuando la mayoría de los legisladores compartan una intención particular de cara a la ley que han promulgado; en estos casos no cabe duda de que dicha intención presenta una conexión no sólo accidental con la identificación del cuerpo legislativo como tal, y ello porque la función de los legisladores es precisamente promulgar leyes [8].

Los legisladores pueden, entonces, compartir intenciones de cara a las leyes que han promulgado; pero, del mismo modo, también podrían tener intenciones confrontadas. Sin embargo, Marmor considera que éste no es un obstáculo insalvable para sus tesis. Pese a que en algunos casos sea particularmente difícil determinar de quién son las intenciones que deben contar, no siempre será así; en muchas ocasiones –sostiene Marmor– los legisladores comparten intenciones y propósitos bien definidos y tratan de llevar a cabo estas intenciones promulgando una determinada ley, y aunque las ocasiones en que dichas intenciones puedan identificarse sean raras, eso no quiere decir –concluye Marmor– que deban ignorarse (Marmor, 1992, p. 163).

Pero aún queda pendiente otro problema. Cuando una persona lleva a cabo una acción, especialmente si se trata de una acción compleja como legislar, puede tener simultáneamente varias intenciones; debemos determinar cuáles de ellas resultan relevantes para la interpretación del Derecho, si alguna resulta más importante que las otras o cómo combatir los casos en que las distintas intenciones resulten incoherentes entre sí (Marmor, 1992, pp. 165-172). Con este propósito, Marmor distingue dos tipos de intenciones que considera potencialmente relevantes para la interpretación jurídica: las intenciones entendidas como aquello que el legislador pretende conseguir promulgando una norma (a las que llama «intenciones ulteriores» [*further intentions*]); y los pensamientos o asunciones del legislador a propósito del alcance de la aplicación de esa norma (las «intenciones en cuanto a la aplicación»).

Respecto a las primeras, Marmor considera que, normalmente, cuando se legisla, suelen existir diversos propósitos o intenciones ulteriores; así, por ejemplo, con la prohibición de la entrada de vehículos en el parque, los legisladores pueden pretender proteger la seguridad de los usuarios del parque, salvaguardar un espacio verde en medio de la ciudad, ganar popularidad entre un sector de la población... El principal problema que aquí se plantea es cómo determinar cuáles de estas intenciones ulteriores resultan

[8] Como intentaré mostrar al final del trabajo, esta caracterización que hace Marmor de las «intenciones compartidas» me parece inconsistente.

jurídicamente relevantes o legítimas. Para ello, Marmor se pregunta si puede establecerse un criterio independiente del contexto particular de cada caso o si, por el contrario, la distinción entre intenciones legítimas e ilegítimas sólo puede trazarse atendiendo a las consideraciones morales y políticas que afectan al caso. En su opinión, sí puede darse al menos un criterio parcialmente independiente; criterio que se conecta con el particular acto de habla del que se trate. Del mismo modo –dice Marmor– que en el acto de «insinuar», las intenciones ulteriores del hablante son «esencialmente no admisibles o confesables» y el hacerlas explícitas haría fracasar el acto de habla [9], en el caso de la legislación puede servir como condición suficiente para identificar las intenciones ulteriores que de entrada repugnaría tomar en cuenta, el hecho de que el legislador no esté dispuesto a confesarlas; existiendo, a la inversa, un fuerte elemento de auto-fracaso en hacer tales intenciones explícitas. Pero se trata –dice Marmor– de un criterio parcial que necesita ser complementado con otras consideraciones, principalmente morales (Marmor, 1992, pp. 167-168).

Pasemos al otro tipo de intenciones. Los legisladores tienen a menudo ciertas intenciones o expectativas respecto a la aplicación, por parte de los tribunales, de la ley que han promulgado y estas «intenciones aplicativas» pueden resultar, en opinión de Marmor, relevantes para la interpretación jurídica (Marmor, 1992, pp. 168 y ss.). Conviene notar que, dada la «tesis de la excepción» sostenida por Marmor, este autor se refiere aquí a intenciones que afecten a un caso no incluido en el núcleo claro de significado de la norma [10]. Así, por ejemplo, ante la pregunta acerca de si la norma «Prohibida la entrada de vehículos en el parque» se aplica o no a las bicicletas, sería relevante este tipo de intención si los legisladores, *de hecho* [11], tuvieron, al promulgar tal norma, la intención de que la misma fuera aplicada (o no) a las bicicletas.

En opinión de Marmor, estas intenciones en cuanto a la aplicación se conectan con las intenciones ulteriores a través de una relación de tipo medio

---

[9] Quiero llamar la atención sobre el salto que, en mi opinión, se produce en la argumentación de Marmor en este punto. En el caso del acto de habla de insinuar, lo que resulta «por definición» no confesable es el alcance o significado preciso de lo que quiero decir, no las «intenciones ulteriores» por las que insinúo algo. Yo puedo perfectamente confesar que mi insinuación pretende despertar la curiosidad de mi oyente, sin que ello haga fracasar mi acto de «insinuar».

[10] En los casos claros, se trataría de intenciones «patentes en la comunicación» que formarían parte del significado determinado por reglas y convenciones, y resultarían por tanto relevantes para la comprensión de la norma, pero no para su interpretación (véase Marmor, 1992, pp. 24 y ss.).

[11] Marmor descarta aquí expresamente el recurso a las intenciones contrafácticas: no se trata de determinar cuál hubiera sido la intención del legislador si se le hubiera planteado el caso (Marmor, 1992, p. 169).

a fin: si se pretende que una norma se aplique a un determinado caso será porque se considera que dicha aplicación es un instrumento adecuado para la consecución del fin o propósito perseguido (Marmor, 1992, p. 171). De este modo, el legislador no puede mantener, sin resultar incoherente, que sus intenciones en cuanto a la aplicación de la norma tengan preferencia sobre sus intenciones ulteriores [12]. A partir de aquí, Marmor considera que el primer tipo de intención siempre va a tener preferencia sobre el segundo: «las intenciones de los legisladores en cuanto a la aplicación deberán ser tomadas en cuenta sólo si y hasta el extremo en que, estén de acuerdo con sus intenciones ulteriores» (Marmor, 1992, p. 172).

(2) Pasemos al nivel justificativo. En opinión de Marmor, las razones para acudir a las intenciones de los legisladores en la interpretación de las leyes [13] pueden derivarse únicamente de las razones para obedecer prioritariamente a las autoridades jurídicas, aunque ello no implica considerar que siempre que existan razones para obedecer a las autoridades jurídicas existirán también razones para interpretar sus normas de acuerdo con sus intenciones. Partiendo de la tesis de Raz, Marmor distingue dos tipos de razones para el reconocimiento de la legitimidad de una autoridad: la tesis de la pericia y la tesis de la coordinación, y limita su argumento en favor de la intención del legislador estrictamente a la tesis de la pericia, es decir, a aquellos casos en los que la legislatura es correctamente calificada como perita o experta acerca del tema particular que ha promulgado, y hasta el punto en que lo sea (Marmor, 1995, p. 310). En los casos en que opere la tesis de la coordinación no puede considerarse que haya razones para acudir a las intenciones de los legisladores. De este modo y puesto que no cabe aceptar la idea de expertos en moral, Marmor considera que su tesis no resulta aplicable a la legislación cuyos motivos se hallan en la política partidista o en materias ideológicamente controvertidas (Marmor, 1992, p. 181). Pero, incluso por lo que respecta a la tesis de la pericia, las razones para acudir a las intenciones de los legisladores no poseen –según Marmor– un peso absoluto, sino que su fuerza dependerá del grado de pericia que se les presuma a los legisladores. Por último, Marmor admite que estos argumentos podrían igualmente funcionar a favor de acudir a los trabajos preparatorios (que no

[12] Por supuesto, es posible que el legislador esté equivocado (o sea insincero), y que como cuestión de hecho aplicar la regla al caso que él pretende sea inconsistente con la intención de conseguir un cierto objetivo, pero en estos casos -dice Marmor (1992, p. 171)- el legislador tendría que admitir o bien que sus intenciones en cuanto a la aplicación eran inadecuadas, o bien que aquéllos no eran en realidad sus objetivos.

[13] Marmor advierte que su análisis se circunscribe sólo al caso de la interpretación de las leyes y deja fuera expresamente el caso de la interpretación constitucional (Marmor, 1992, pp. 172-173).

tienen por qué ser obra de los legisladores), y señala también que el factor tiempo es aquí relevante: cuanto más antigua sea una norma menos interesante resultará el intencionalismo (Marmor, 1992, pp. 179-184).

3. La tesis de la intención de la autoridad de Raz

En su artículo «La intención en la interpretación», Raz empieza rechazando lo que considera la «tesis radical de la intención», según la cual una interpretación en Derecho sólo es correcta si refleja la intención de su autor, y se muestra partidario –en cambio– de una versión más débil del intencionalismo a la que denomina la «tesis de la intención de la autoridad» y que formula como sigue:

> «En la medida en que el Derecho deriva de la legislación deliberada, su interpretación debe reflejar las intenciones de su legislador» (Raz, 1997, p. 209).

En su opinión, la razón para apelar a la intención del autor del objeto a interpretar reside en el hecho de que la justificación –real o supuesta– de confiar los poderes de legislar a algunas instituciones no tiene sentido excepto si las leyes hechas por aquellas instituciones son las leyes que intentan hacer; la tesis tiene, por tanto, un alcance limitado a los actos de creación deliberada de Derecho.

Las intenciones que resultan relevantes para la interpretación han de ser intenciones reales del legislador; si se trata de intenciones ficticias –dice Raz–, la tesis se volvería no sólo irrelevante [14], sino incluso rechazable por la confusión que generaría. Y el primer problema que se encuentra a la hora de hablar de estas intenciones reales reside en que la mayoría de los legisladores son instituciones y no seres humanos individuales; hay por tanto que determinar cómo puede hablarse de intenciones de una institución. Pero, respecto a esta cuestión, Raz simplemente señala que si estos órganos pueden actuar intencionalmente después de mucha deliberación, entonces también pueden tener intenciones. Estas intenciones dependerán necesariamente de las intenciones de los individuos, pero no se deben confundir con las mismas. La cuestión de «a través de quién actúa el legislador» es determinada –dice Raz– en cada caso por su constitución, no existiendo una respuesta general para la misma (Raz, 1997, p. 214).

---

[14] En realidad, su postura a este respecto es algo más radical. Raz considera que exigir –como hace Marmor– que la interpretación sea siempre presentada como reveladora de una intención del autor (aunque éste sea ficticio) es algo «artificial e inútil»: «Es claro que cuando hablamos del significado de algo podemos imaginar un ser real o ficticio que intenta realizar aquello a lo que atribuimos dicho significado [pero] excepto que estén afectadas intenciones reales, hablar de intenciones hipotéticas de gente ficticia raramente es de ninguna importancia real. No nos permite progresar en nuestra comprensión de ninguna manera» (Raz, 1997, p. 207).

Cuando un miembro de la legislatura vota a favor de un proyecto de ley, dice Raz, puede «intentar ganarse el favor del electorado, aparecer como valiente y decidido ante sus hijos, aliviar las aflicciones que sufren los progenitores solteros...» (Raz, 1997, p. 215). ¿Cuál de esas intenciones resulta relevante para la interpretación de la legislación? Podría pensarse que la respuesta a esta pregunta viene dada de nuevo por la constitución del cuerpo legislativo de que se trate; pero Raz considera que en este punto puede decirse algo más desde una perspectiva teórico-jurídica. La noción de «legislación» no es un concepto jurídico particular, sino general: aunque cada sistema jurídico pueda determinar quién tiene el poder legislativo y cómo debe ejercerse, lo que no puede determinar es qué es la legislación; ésta es una tarea teórica que no puede llevarse a cabo sin referirse a la «intención legislativa». La legislación es, por definición, un acto intencional, de manera que sólo los actos ejecutados con la intención de legislar pueden –en opinión de Raz– ser actos legislativos (Raz, 1997, pp. 215 y ss.). Veamos ahora cómo determina este autor el contenido y alcance de dicha intención.

La noción de legislación conlleva la idea de confiar poder sobre el Derecho en manos de una persona o institución: el legislador; y esto implica considerar que éste detenta un control voluntario sobre el desarrollo del Derecho. Sin embargo, no es extraño suponer que en ocasiones los propios legisladores desconocen los detalles de la legislación, ¿puede entonces decirse que la legislación es un acto intencional? La respuesta de Raz es que sí, y ello porque la intención exigida por su tesis es una intención «mínima». Se trata únicamente de que cuando alguien legisla ha de expresar la intención de que el texto de la ley que está votando, «comprendido como tales textos son comprendidos en la cultura jurídica de su Estado al ser promulgado en las circunstancias en las cuales éste es promulgado», sea considerado como Derecho. En otras palabras, esta intención no se refiere directamente al contenido de la legislación (al significado del texto), sino que llevaría a cabo una remisión respecto a la determinación del contenido significativo del Derecho a las convenciones dominantes [15]. Esta intención mínima resulta suficiente, sin embargo, para preservar la idea esencial de que los legisladores tienen control sobre el Derecho (Raz, 1997, pp. 215-219).

Por tanto, a la pregunta acerca de cuál es la intención relevante para la interpretación de las normas jurídicas legisladas, Raz responde que se trata

[15] Dejo aquí al margen la cuestión de que esas convenciones han de ser, según Raz, las dominantes en el momento de la promulgación de la ley, lo que implicaría dar preferencia a lo que el propio Raz denomina una «interpretación conservadora» de la ley. Sin embargo, creo que eso no implica ningún cambio respecto a las tesis aquí sostenidas. En realidad el propio Raz matiza tanto su tesis en este punto que la reduce prácticamente a la trivialidad (sobre ello, véase la siguiente nota de este artículo). Para una discusión sobre este asunto, véase Lora Deltoro, 1998, pp. 214 y ss.

de la «intención mínima» necesaria para que cualquier acto cuente como acto legislativo. Ahora bien, Raz considera que, puesto que en algunos sistemas puede exigirse, junto a esa intención mínima, la presencia de intenciones «adicionales» (como la promoción de alguno de los fines jurídicamente estipulados exigida a la legislación subordinada en países de *Common Law*), dichas intenciones también podrían resultar relevantes para la interpretación de esas normas.

El argumento en el que se basa la tesis de la intención de la autoridad es, en opinión de Raz, un aspecto de la doctrina de la autoridad: la autoridad posee control sobre el Derecho sólo cuando su legislación es interpretada de este modo. Pero podría objetarse la posibilidad de que algún legislador no tuviese realmente esa intención estándar, sino que pretendiese que la ley que está votando fuera interpretada conforme a otro tipo de criterios, por ejemplo, conforme al código místico para la interpretación de los textos sagrados de una secta religiosa. Si la legislación sólo es inteligible si es interpretada mediante la intención del legislador, entonces –se pregunta Raz– ¿estarían los tribunales y los individuos en general obligados a seguir la intención del legislador de que su ley sea leída a la luz del código místico? Para que esto suceda, señala Raz, el legislador deberá expresar su intención de que así sea (pues sabe que si no lo hace, no será interpretado de esa manera, y no se puede intentar aquello que se sabe que no sucederá). Y este acto de expresión de su intención será, a su vez, interpretado como tales actos lo son normalmente, es decir, mediante las convenciones predominantes en ese tiempo [16].

Hasta aquí lo que la tesis de la intención de la autoridad implica. Raz es consciente de que podría considerarse que la misma resulta vacía o irrelevante para la interpretación jurídica y, anticipándose a dicha objeción, señala, por un lado, que aunque su tesis no contiene un método para la interpretación, sino una remisión a las convenciones interpretativas predominantes en el momento de la legislación, sí que exige comprender las leyes conforme a lo que el legislador dijo, es decir, lo que sus palabras significan, dadas las circunstancias de la promulgación de la legislación y de las convenciones dominantes en ese momento, de manera que establece una severa restricción a la tarea interpretativa; y, por otro lado, recuerda que junto a la intención mínima pueden coexistir intenciones adicionales que lleguen a desempeñar un papel sustantivo en la interpretación, llegando incluso –co-

[16] De este modo, Raz señala que las convenciones tienen cierta prioridad sobre las intenciones, «no en el sentido de que debe seguirse la convención antes que la intención», sino en el sentido de que la intención es aquello que ha sido interpretado conforme a las convenciones interpretativas de tales expresiones (Raz, 1997, p. 220).

mo veremos– a desplazar a la intención mínima (Raz, 1997, pp. 222-223).

Para finalizar, Raz admite la existencia de tres supuestos que pueden limitar el alcance de su tesis de la intención de la autoridad, cuando se trata de Derecho legislado y asumiendo que la autoridad es legítima. El primero hace referencia a aquellos casos en los que el objetivo del Derecho es asegurar convenciones para la coordinación. Dado que aquí lo importante es que se logre la coordinación, esta legislación –dice Raz– no necesita ser interpretada conforme a la intención (estándar) del legislador; en tanto sea interpretada de modo que asegure la convención para la coordinación, servirá completamente a la intención del legislador, aunque no se siga la convención querida por éste (Raz, 1997, p. 225).

El segundo supuesto es aquél en el que existen intenciones adicionales junto a la intención mínima, y que entran en conflicto con ésta [17]. La doctrina de la autoridad sugiere que a los legisladores les fue otorgada la autoridad para crear las normas que ellos pensaban con buenas razones que serían correctas. Por ello, en los casos en los que, si una ley es interpretada de acuerdo con la intención estándar, no se lograrán los resultados económicos o sociales con ella perseguidos, parece inútil –dice Raz– seguir interpretándola conforme a dicha intención. Conviene señalar que la conclusión de Raz es que la doctrina de la autoridad justifica que, en estos casos, los tribunales se desvíen de la tesis de la intención de la autoridad, no que ellos hayan de dar efecto a la intención adicional del legislador. Esto último presentaría una gran cantidad de inconvenientes, que se conectan fundamentalmente con la exigencia de que los modos de creación de Derecho se encuentren claramente determinados. La doctrina de la autoridad -dice este autor- confía poder únicamente a quien tiene autoridad, para que promulgue las normas que le parezcan justas o deseables. Si una norma, interpretada de acuerdo con la tesis de la intención de la autoridad, falla en conseguir su resultado, ello no puede considerarse como justificación para que los tribunales la interpreten de algún otro modo, porque éstos no tienen razón para creer que la autoridad habría adoptado una norma diferente; puede haber, por ejemplo, diferentes modos de lograr la intención adicional, ¿cómo saber –se pregunta Raz– cuál habría respaldado la legislatura? (Raz, 1997, pp. 225-228).

Por último, Raz menciona el supuesto de que se trate de la interpretación de una norma antigua. Cuando estamos ante una norma dictada hace mucho tiempo, puede no haber razones para seguir interpretándola de acuerdo con la intención estándar. Este argumento, señala Raz, sólo se sos-

[17] No se trata, por tanto, del supuesto al que se refería Marmor –y que también es asumido por Raz– en el que la intención adicional del legislador es considerada relevante para interpretar el Derecho en aquellas cuestiones en las que la intención estándar admite diversas posibilidades interpretativas.

tendrá respecto a cuestiones en las que opiniones, gustos o circunstancias cambiantes pueden producir una diferencia entre lo que es Derecho acertado y lo que no lo es. En estos casos, los tribunales deben confrontar la cuestión acerca de si una pieza legislativa aún tiene el rango de autoridad que una vez tuvo; esto implica –dice Raz– que al interpretar leyes antiguas surgen cuestiones acerca de su fuerza obligatoria que no surgen en la interpretación de leyes recientes (Raz, 1997, pp. 228-230).

Respecto a estos supuestos que limitan su tesis, Raz señala que en los dos primeros –cuando se pretende asegurar la coordinación y cuando existen intenciones adicionales incompatibles con la intención estándar– son las mismas razones que apoyan la tesis de la intención de la autoridad las que justifican desviarse de dicha tesis o la indiferencia hacia tales desviaciones. Se trata –dice Raz– de «límites impuestos a la tesis de la intención de la autoridad al tomar nota de la intención del legislador, intención que es convertida en relevante por la doctrina de la autoridad» (Raz, 1997, p. 229). El tercer supuesto –el de las normas antiguas– es considerado más radical; implica que, en ciertas circunstancias, las razones para obedecer al Derecho legislado se vuelven independientes de la autoridad de su legislador, haciendo que la tesis de la intención de la autoridad no resulte justificada.

4. Algunas observaciones sobre las tesis intencionalistas

Pasaré ahora a realizar algunas observaciones sobre las tesis de Marmor y de Raz. En primer lugar, mostraré cómo estos autores no deslindan convenientemente los sentidos de «intención» que están en juego en sus exposiciones; en segundo lugar, intentaré determinar el alcance de sus tesis «intencionalistas» a propósito de la interpretación del Derecho; y, por último, lanzaré la hipótesis de que un modelo exclusivamente intencionalista o comunicativo del Derecho, como el manejado por estos autores, puede resultar inapropiado para dar cuenta de la interpretación jurídica.

4.1. Diversos sentidos de «intención»

Tomaré como punto de partida el análisis de Anscombe, quien distingue tres usos del término «intención» (Anscombe, 1991, p. 41). El primero es el que se encuentra en las expresiones de intención de futuro del tipo «voy a hacer tal cosa»; el segundo es el que está implícito cuando se dice que una acción es intencional; y el tercero es el que resulta relevante cuando nos preguntamos con qué intención se ha hecho algo. Pongamos un ejemplo. El 8 de junio Carmen y Pilar tomaron la decisión de enviar al día siguiente una invitación a Pedro, un amigo común, para que pasara una semana de vacaciones en su apartamento. Ambas coincidieron en los términos de redacción de la invitación y en el propósito de aprovechar los conocimientos informá-

ticos de Pedro para instalar su ordenador, sin embargo cada una pretendía además cosas distintas con la invitación. Carmen suponía que así el año próximo Pedro las invitaría a su casa en la sierra y Pilar se había propuesto conquistar a Pedro durante su estancia en el apartamento. A partir de esta situación podríamos decir: (1) que el 8 de junio Carmen y Pilar «tenían la intención de» invitar a Pedro; (2) que la invitación –cursada al día siguiente– fue un «acto intencional» llevado a cabo por las dueñas del apartamento; y (3) que ambas compartían el propósito o intención de que Pedro les ayudara a instalar su ordenador; pero que también albergaban otras intenciones al actuar de ese modo: el que Pedro correspondiera con una futura invitación, en un caso; y, en el otro, crear la oportunidad para conquistarle.

Veamos algunas observaciones sobre estos usos del término «intención» que nos pueden resultar de interés. Los dos primeros usos pueden verse –dejando de lado no pocas complicaciones– como los aspectos *ex ante* y *ex post* de un mismo sentido de intención (al menos en los casos que aquí nos interesan, si una acción es calificada de intencional es porque se tenía la intención de hacerla). Este sentido de intención es el que resulta relevante para responder a la pregunta ¿qué acción ha realizado un sujeto? El tercer uso que señala Anscombe se correspondería con un sentido distinto de «intención» (los propósitos u objetivos perseguidos con la acción) y sería el sentido pertinente para responder a la pregunta ¿para qué ha realizado tal acción el sujeto? Conviene notar que para distinguir estos dos sentidos de intención necesitamos, previamente, identificar una acción respecto a la cual los vamos a predicar [18]. Para evitar confusiones, llamaré «intención en sentido mínimo» al primer sentido aquí señalado –el que nos permite identificar la acción– y al segundo, «propósito» o «intención ulterior». Obviamente, el contenido de la intención, en el primer sentido, siempre es relativo a una acción del propio sujeto que posee la intención. En cambio, el contenido de las intenciones en el sentido de propósitos o «intenciones ulteriores», puede ser relativo a acciones de otro sujeto o a estados de cosas que no se correspondan con el resultado de la acción de nadie, como por ejemplo la disminución del IPC. Debe señalarse, además, que una misma acción intencional puede perseguir distintos propósitos.

Volvamos a nuestra discusión. En principio, parece que las intenciones que están en juego en la primera versión del intencionalismo de Marmor o en la tesis de la intención de la autoridad de Raz se corresponden con el sentido de intención implícito en «acción intencional»: la intención en sentido

[18] Para un tratamiento exhaustivo de las complejidades del concepto de acción y, en particular, del papel que desempeña la «intención» en la identificación de las acciones, véase González Lagier, 2000.

mínimo; mientras que las «intenciones ulteriores» e «intenciones en cuanto a la aplicación» de las que habla Marmor, así como las «intenciones adicionales» de Raz se corresponderían con el segundo sentido aquí señalado (los «propósitos» o «intenciones ulteriores»). Sin embargo, esta afirmación requiere algunas precisiones. Veamos primero en qué consiste exactamente la intención mínima o estándar de la que habla Raz y que supongo –Marmor no es muy explícito– coincide con la intención a la que hace referencia Marmor en su primera versión del intencionalismo. Para ello usaré el ejemplo de una acción, que al igual que la de legislar, es institucional y requiere la cooperación de más de un individuo.

Supongamos que hace unas semanas me casé. Yo realmente no quería casarme, pero una serie de circunstancias que escaparon de mis manos me decidieron a seguir adelante y dar mi consentimiento ante el juez. De hecho, intenté aunque sin éxito que el matrimonio no llegara a celebrarse. Ahora bien, si digo que «yo no quería casarme, pero me casé», ¿estoy diciendo que mi acción de contraer matrimonio fue «no-intencional»? Claramente no; contraer matrimonio, al igual que legislar, es una acción necesariamente intencional. Pero ¿qué es exactamente lo que yo hice intencionalmente? Dar mi consentimiento ante el juez (aquí no interesa cuáles fueran mis motivos: podía tener deseos enfrentados, pero quizás la intención puede considerarse algo así como un balance global de deseos, entre otras cosas [19]). Y a esa declaración mía se le atribuye (dada la existencia de ciertas reglas que confieren poderes, y siempre que se den otras circunstancias: en este caso, que el otro contrayente dé también su consentimiento) un resultado, unos efectos jurídicos [20]. Por lo tanto, resultaría ininteligible que yo dijera que tenía la intención (en sentido mínimo) de dar mi consentimiento ante el juez, pero que no tenía la intención (en ese mismo sentido) de contraer matrimonio o de adquirir los derechos y deberes que esa situación implica. Sería similar a si dijera que calenté intencionalmente agua hasta los 100 grados, pero que no tenía la intención de hacerla hervir.

Centrémonos en el caso de la legislación. Legislar es claramente una acción intencional. El agente que actúa en este caso es el órgano legislativo y la intención se atribuye a tal órgano, pero la atribución de dicha intención depende necesariamente de que haya algunos individuos que actúen intencionalmente de una determinada manera. ¿Cuál es la acción intencional que se les exige a los miembros del órgano legislativo, o mejor dicho, a un porcentaje de los mismos? Simplificando mucho, podríamos decir que votar a

[19] Sobre esta compleja cuestión, puede verse Bayón Mohíno, 1991, pp. 43 y ss.

[20] Sobre esto véase la concepción de las reglas que confieren poderes de Atienza y Ruiz Manero (1996, esp. cap. 2).

favor de que un determinado texto se convierta en ley. Debe notarse que, dado que legislar es una actividad institucional y colectiva (sería un procedimiento que exige una serie de acciones de varios individuos), puede decirse, sin que resulte contradictorio, que un parlamentario no tenía la intención –como propósito– de que un determinado texto se convirtiera en Derecho, aunque votó –intencionalmente (con la «intención en sentido mínimo»)– a favor de ello. En realidad, un parlamentario considerado aisladamente no puede tener la «intención en sentido mínimo» de convertir un determinado texto en Derecho, porque no se trata de una acción que él pueda llevar a cabo; eso sí, puede tener la «intención ulterior» (o propósito) de que algo se convierta o no en Derecho[21]. Ahora bien, una vez que se llevan a cabo todas las acciones previstas en el procedimiento legislativo, se producirá un determinado resultado: el texto se convertirá en Ley (y se darán todas las consecuencias que se prevean para dicha situación: la ley pasará a formar parte del Derecho, con una determinada jerarquía, deberá ser tenida en cuenta por los tribunales...). Y para explicar este cambio normativo como una acción del órgano legislativo suele acudirse a la **atribución** al «legislador» de la intención de que un determinado texto se convierta en Derecho. Y este resultado, o esta atribución de intención, se producirá independientemente de lo que querían o pretendían sus miembros cuando votaron a favor del proyecto, de sus propósitos o intenciones al actuar de ese modo[22]. Por supuesto, esto no es obstáculo para seguir manteniendo una concepción personal de la autoridad, como la sostenida por Raz y Marmor, según la cual la legislación es un procedimiento para crear Derecho que depende de la voluntad de una serie de sujetos: aquéllos que ocupan ciertos cargos.

Pasemos al otro tipo de «intenciones», las intenciones ulteriores o adicionales y las intenciones en cuanto a la aplicación; se trata de lo que se pretende conseguir con la promulgación de determinadas normas (la consecución de ciertos fines, o que los tribunales apliquen la norma a ciertos casos). Estas intenciones se corresponderían, por tanto, con el sentido de «propósito» o «intención ulterior» antes señalado. Como hemos visto, puede decir-

[21] También podríamos decir que los parlamentarios pueden tener, considerados individualmente, la «intención en sentido mínimo» de *contribuir* a que un determinado texto se convierta en Derecho. En este caso, hemos cambiado la identificación de la acción de referencia.

[22] Por supuesto, puede considerarse que dicha atribución está basada en la presuposición –bastante razonable, por cierto– de que si los parlamentarios han actuado intencionalmente de un determinado modo (votando a favor de un determinado proyecto de ley) es porque los mismos pretendían que ese proyecto pasara a formar parte del Derecho.

En el fondo, tras esta observación subyacen las mismas cuestiones que están implicadas en el análisis del acto ilocucionario de mandar llevado a cabo por MacCormick y que es tomado por Bayón como punto de partida para su crítica al prescriptivismo (Bayón Mohíno, 1991, pp. 264 y ss.).

se que a un órgano colegiado se le atribuye la «intención» (en sentido mínimo) de legislar, y que tal atribución dependerá de las reglas que configuran la constitución y funcionamiento de dicho órgano; sin embargo, la atribución de este segundo tipo de intenciones no resulta tan simple. Raz ni siquiera se plantea este problema (pues parece equipararlas a la intención mínima) y el intento de acudir a la noción de «intenciones compartidas» de Marmor no parece demasiado claro. Volvamos sobre él.

Para atribuir «intenciones compartidas» a un grupo, Marmor consideraba que era necesario exigir, junto al elemento cuantitativo, una conexión no accidental entre la intención y la identificación del grupo como tal; así, decía, hablamos de que una nación tiene la intención de adquirir la independencia, pero no de su intención de comer grandes cantidades de fresas. Pero, en mi opinión, esta atribución de intenciones lo que parece exigir no es tanto su conexión con la identificación del grupo, sino la expectativa de que la intención sea compartida por otros miembros del grupo, o por decirlo de otro modo, que exista una interacción entre la formación de las intenciones de los miembros del grupo. Así, por ejemplo, tendría perfecto sentido decir que «3º de Derecho» tiene la intención de irse de viaje a Grecia; y no porque tenga que ver con la identificación del grupo como tal (lo que identifica a los alumnos de Derecho no es irse de viaje), sino porque esa intención no se forma independientemente de las intenciones de los otros miembros del grupo. Y así, en el caso del legislador, si bien es cierto que su función es la de dictar leyes y quizás esto sea lo que lo identifica como tal, las intenciones de, por ejemplo, disminuir la carga fiscal de un determinado sector de la sociedad o de que la norma «prohibida la entrada de vehículos en el parque» se aplique a las bicicletas no parecen tener que ver con la identificación del legislador.

Queda todavía pendiente otro problema aún mayor: la determinación de cuáles de esas intenciones ulteriores que pueden atribuirse al legislador son legítimas o jurídicamente relevantes. Volveré sobre ello más adelante.

Ahora quiero señalar algunos de los problemas que genera el no haber deslindado adecuadamente los distintos sentidos de intención. Raz parece presuponer que la intención mínima que se requiere para la identificación de algo como Derecho y los propósitos o intenciones adicionales se encuentran en un mismo nivel y que, por tanto, pueden entrar en conflicto entre sí, sin darse cuenta de que lo que hay en juego son distintos sentidos de intención y que, en sentido estricto, ni siquiera podrían predicarse ni del mismo sujeto, ni de la misma acción. Así, por ejemplo, los dos primeros supuestos que operan como límites de su «tesis de la intención de la autoridad» son presentados como dos voluntades contrapuestas del legislador: la intención mínima, por un lado, y la voluntad de que se asegure la coordina-

ción o la consecución de determinados fines sociales o económicos, por otro. El tercer límite plantea inconvenientes aún mayores. Raz considera que, con el paso del tiempo, una norma puede perder su autoridad y eso porque, en ciertos casos, lo que era un Derecho acertado, puede dejar de serlo. Pero esa pérdida de autoridad parece difícilmente explicable desde los parámetros intencionalistas ofrecidos por el propio Raz.

4.2. ¿Un modelo intencionalista de la interpretación jurídica?

Veamos ahora en qué sentido puede considerarse que estas tesis defienden una postura «intencionalista» en cuanto a la interpretación jurídica.

4.2.1. Intenciones e identificación del Derecho

La tesis de la intención de la autoridad de Raz, al igual que la primera versión del intencionalismo de Marmor, determinarían que, para reconocer una norma como jurídica (al menos por lo que respecta al Derecho legislado), necesitamos hacer referencia a «intenciones». En el fondo, creo que esta tesis equivale a decir que la legislación es una fuente del Derecho que hace depender la creación del mismo de la voluntad de ciertos agentes, es decir, que se trata de una fuente-acto. El que ese Derecho así creado deba ser entendido, en principio, de acuerdo con las convenciones lingüísticas vigentes no requiere ninguna intención añadida. Como en el caso de cualquier texto, el significado atribuido dependerá de las convenciones vigentes en el ámbito en que se integre dicho texto; éste es precisamente uno de los presupuestos de la comunicación.

Sea como fuere, esta tesis no se relaciona directamente con la práctica de la interpretación jurídica. Por supuesto, puede considerarse –como hace Raz– que el texto identificado como Derecho, junto con el significado atribuible al mismo según las convenciones vigentes, constituirá el objeto de la interpretación y en ese sentido limitará dicha actividad, pero eso no implica que ésta sea una tesis «intencionalista» respecto a la interpretación del Derecho o, al menos, respecto al método interpretativo [23]. En todo caso, y como ha señalado el propio Raz (1996), la tesis determinaría por qué hay que interpretar en el Derecho (o lo que es lo mismo, por qué en el Derecho consideramos que ciertas normas están dotadas de autoridad), pero no cómo hay que hacerlo.

4.2.2. Intenciones e interpretación del Derecho

La segunda versión del intencionalismo de Marmor se refería al papel de las intenciones ulteriores o aplicativas en la interpretación del Derecho

[23] En este mismo sentido se pronuncia Lora Deltoro, 1998, pp. 136-146.

legislado. La aplicabilidad de la tesis se limitaba a aquellos casos en los que la legislatura es correctamente calificada como experta sobre el tema particular que ha promulgado, y hasta el punto en que lo sea en relación con sus sujetos. Su tesis no posee, por tanto, una fuerza absoluta; y además, para que esas intenciones resulten relevantes para la interpretación, Marmor señala que previamente deben haber sido identificadas y atribuidas a los legisladores, así como consideradas legítimas o jurídicamente relevantes (lo que, según él, implica acudir a consideraciones de naturaleza moral). Las intenciones en cuanto a la aplicación se encuentran además subordinadas a las intenciones ulteriores, por lo que, a las limitaciones señaladas, se añade la exigencia de llevar a cabo un juicio de idoneidad medio a fin.

¿Hasta qué punto puede éste considerarse como un modelo intencionalista de la interpretación jurídica? Lo que Marmor defiende es que si un legislador es realmente experto en la materia en que ha legislado, entonces a la hora de interpretar sus leyes está justificado acudir a sus intenciones (si éstas existen, resultan identificables y legítimas). Pero en el momento en que surja la menor duda sobre su pericia, sobre la idoneidad de sus juicios, sobre el mantenimiento de las circunstancias que dieron origen a la norma, etc., dichas intenciones deberán ser desatendidas. De este modo, lo que la tesis de Marmor parece implicar es que, para apoyar una determinada interpretación en el Derecho, puede acudirse a las intenciones de los legisladores, siempre y cuando existan argumentos independientes a favor de la corrección del contenido de dichas intenciones. Y esto es muy distinto que considerar que el criterio de corrección de la interpretación jurídica viene dado por la adecuación del significado atribuido a las normas, a las intenciones de sus creadores, que sería lo que un modelo intencionalista de la interpretación parecería exigir.

4.3. Interpretación y modelos de Derecho

Hemos dejado abiertos algunos problemas que planteaban las tesis intencionalistas de Marmor y de Raz en relación con la interpretación jurídica. Recordémoslos. Por un lado, Marmor no conseguía precisar el criterio para determinar qué intenciones han de considerarse legítimas o jurídicamente relevantes y, por tanto, qué intenciones deben ser tenidas en cuenta en la interpretación jurídica. Este autor establecía un criterio parcial y negativo: deben rechazarse las intenciones que el legislador no esté dispuesto a confesar, criterio que –en su opinión– debía ser complementado acudiendo a consideraciones de naturaleza principalmente moral.

Por otro lado, hemos visto que Raz planteaba como conflictos entre distintas «intenciones» del legislador (sin mayores precisiones) los casos en que estaría justificado apartarse del sentido literal de las normas, y admitía

además un límite a la aplicabilidad de su tesis (en el caso de las normas antiguas) que ponía en duda la base de su concepción, considerando que hay casos en los que la autoridad de las normas se desvincula de la autoridad de sus autores. Si mi análisis no está equivocado, la tesis de la intención de la autoridad de Raz supone que la legislación es una fuente de creación deliberada de Derecho; lo que implica que los textos aprobados de acuerdo con el procedimiento establecido deben ser considerados como pertenecientes al Derecho y que su significado depende de las convenciones lingüísticas vigentes. Pues bien, en mi opinión no es necesario admitir ni excepciones ni límites a esta tesis. Una cosa es el significado que, en principio, deba atribuirse a un texto legislativo (lo que Marmor llama el «significado semántico») y otra muy distinta el que los tribunales, en algunos casos, pueden apartarse de ese significado cuando en su tarea aplicativa deben interpretar el Derecho.

En un trabajo anterior defendí la tesis de que la peculiar perspectiva desde la que se analiza el Derecho influye en la caracterización de la actividad interpretativa (Lifante, 1999, pp. 22-23). Distinguí entonces dos grandes enfoques del Derecho: el enfoque de las normas generales y el enfoque del caso. Desde el primero, el Derecho es visto como un conjunto de normas generales que provienen básicamente de una serie de autoridades y cuya función primordial es guiar y coordinar la conducta futura de los ciudadanos. Para el segundo enfoque, el Derecho es fundamentalmente un mecanismo de resolución de conflictos; el principal problema es aquí cómo reconstruir los distintos materiales jurídicos (provenientes de una diversidad de autoridades) para buscar una solución jurídica al caso[24]. Mi tesis hoy iría, sin embargo, algo más lejos. Creo que para dar cuenta satisfactoriamente de la interpretación jurídica es necesario adoptar un modelo de Derecho que asuma, en alguna medida, la segunda perspectiva de análisis. En el ámbito jurídico, las decisiones adoptadas por cualquier instancia jurídica –incluyendo las interpretaciones– deben presentarse como justificadas jurídicamente, lo que supone que sean acordes con «el Derecho». De este modo, lo que caracterizaría a la interpretación jurídica como tal sería precisamente llevar a cabo el tipo de actividades reconstructivas propias del segundo enfoque.

Como es sabido, Raz sostiene la tesis de que *todo el Derecho* «está basado en fuentes», lo que para él implica que ha de poder identificarse haciendo referencia exclusivamente a hechos sociales. Con esta exigencia, Raz se opone expresamente a la «tesis de la incorporación», según la cual también sería Derecho lo que se considera implícito en el Derecho basado

[24] Se trata de las actividades que se suelen agrupar bajo el impreciso nombre de «método jurídico». Cfr. Aguiló Regla, 2000, pp. 148-154.

en fuentes, y a la «tesis de la coherencia» de Dworkin (Raz, 1985, pp. 295 y ss.). Se trata claramente de un modelo de Derecho que opta por el primero de los enfoques aquí señalados. Y es precisamente desde este modelo de Derecho, construido a partir de su relación con la noción de autoridad, desde el que Marmor aborda todo el tema de la actividad interpretativa. Pues bien, la imposibilidad de dar una solución adecuada a los problemas antes señalados apunta –en mi opinión– precisamente al hecho de que la interpretación jurídica es una actividad que no puede llevarse a cabo, y por tanto tampoco explicarse, si no se adopta una perspectiva global del Derecho, si éste no es concebido como un todo que pretende dar una solución a los problemas que se le planteen. Y esta perspectiva de análisis está muy lejos de la adoptada por Raz y Marmor. Estos autores parten de su «modelo comunicativo de Derecho», según el cual el Derecho es básicamente un producto de actos de comunicación, y pretenden abordar las peculiaridades de la interpretación jurídica utilizando la relación tripartita típica de cualquier situación comunicativa (Emisor –> Mensaje –> Receptor), y que, en el caso del Derecho, vendría constituida por los siguientes elementos:

Legislador –> Texto legislativo –> Intérprete

Pero este esquema es demasiado pobre. El intérprete jurídico no se encuentra sólo con un texto (creado por una determinada autoridad legislativa) que ha de ser interpretado, sino que ese texto se integra en una práctica social (en la que conviven –entre otras cosas– muchos otros textos y autoridades); y el significado que ha de atribuírsele mediante la interpretación debe ser el significado «según el Derecho».

Podemos ahora replantear la oposición entre el modelo interpretativo de Marmor (intencionalista o comunicativo) y el de Dworkin (constructivo o dependiente de valores) que se supone ha dado origen a esta discusión. Como señalé al principio, no tiene sentido preguntarse cuál de los dos modelos es el acertado para dar cuenta de la «interpretación en general», sino que las diferencias deben situarse, en su caso, en las particularidades señaladas por cada uno de estos autores para la específica «interpretación jurídica».

Dejemos al margen las complejidades de la concepción dworkiniana y quedémonos con lo que serían los rasgos centrales de su modelo interpretativo. La interpretación es una actividad basada en valores, cuyo objetivo es presentar el objeto interpretado bajo su mejor ángulo; es decir, desarrollar al máximo los valores propios de su género. La actividad interpretativa implica –para Dworkin– llevar a cabo un proceso reconstructivo de los materiales jurídicos en el cual se establezcan los valores y objetivos perseguidos por ese Derecho y se determine qué interpretación los desarrolla en mayor medida.

Pues bien, las «intenciones ulteriores» que Marmor considera relevantes para la interpretación jurídica (y a las que subordina el otro tipo de intenciones: las aplicativas) no parecen ser algo distinto a los valores o fines que se pretenden desarrollar a través de ese Derecho (¿qué otra cosa, si no, puede querer decir su exigencia de que se trate de «intenciones jurídicamente relevantes»?). Interpretar requerirá así llevar a cabo un proceso reconstructivo del Derecho que nos determine cuáles son esos valores y qué concreta interpretación es la que los desarrolla en mayor medida (recordemos aquí el sometimiento de las intenciones aplicativas a las ulteriores). Por otro lado, los límites que Raz admitía a su tesis de la intención de la autoridad resultan bastante similares a lo que, desde una perspectiva como la dworkiniana, se presenta como exclusiones de ciertos materiales jurídicos que, en ocasiones, deben llevarse a cabo para poder reconstruir de manera unitaria el Derecho.

En definitiva, creo que el modelo de interpretación jurídica construido por Marmor (o mejor dicho, las aportaciones que a este tema pueden encontrarse en sus tesis) no resulta incompatible con el modelo sostenido por Dworkin. Se trata, eso sí, de un modelo construido desde una distinta concepción del Derecho y que arrastra bastantes deficiencias para dar cuenta de tal actividad.

Bibliografía

AGUILÓ REGLA, Josep (2000). *Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*, Ariel, Barcelona.

ANSCOMBE, G.E.M. (1991). *Intención*, trad. de Ana Isabel Stellino, ediciones Paidós, Barcelona-Buenos Aires-México.

ATIENZA, Manuel; y RUIZ MANERO, Juan (1996). *Las piezas del Derecho. Una teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona.

BAYÓN MOHÍNO, Juan Carlos (1991). *La normatividad del Derecho. Deber jurídico y razones para la acción*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

DWORKIN, Ronald (1986). *Law's Empire*, Belknap Press, Harvard.

ENDICOTT, Timothy A.O. (1994). «Putting Interpretation in its Place», en *Law and Philosophy*, 13, 1994, pp. 451-479.

GONZÁLEZ LAGIER, Daniel (2000). *Las paradojas de la acción. Una introducción para juristas a la teoría de la acción humana*, en prensa.

GRICE, H.P. (1991). «Las intenciones y el significado del hablante», trad. de J. José Acero, en Luis Ml. Valdés Villanueva (ed.), *La búsqueda del significado*, Tecnos, Madrid, pp. 481-510.

LIFANTE VIDAL, Isabel (1999). *La interpretación jurídica en la teoría del Derecho contemporánea*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

LORA DELTORO, Pablo de (1998). *La interpretación originalista de la Constitución. Una aproximación desde la Filosofía del Derecho*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

MARMOR, Andrei (1992). *Interpretation and Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford.

MARMOR, Andrei (1995). «Autoridades y personas», trad. José Juan Moreso y Pablo E. Navarro, en *Doxa*, nº 17-18, pp. 303-330.

RAZ, Joseph (1985). «Authority, Law and Morality», en *The Monist*, vol. 68, pp. 295-324.

RAZ, Joseph (1996). «¿Por qué interpretar?», trad. Rolando Tamayo y Salmorán, en *Isonomía*, nº 5, pp. 25-40.

RAZ, Joseph (1997). «La intención en la interpretación», trad. de José Juan Moreso y Pablo E. Navarro, en *Doxa*, nº 20, pp. 199-233.

RÓDENAS CALATAYUD, Ángeles (1996). *Sobre la justificación de la autoridad*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

WALDRON, Jeremy (1995). «Legislators' Intentions and Unintentional Legislation», en Andrei Marmor (ed.), *Law and Interpretation (Essays in Legal Philosophy)*, Clarendon Press, Oxford, pp. 329-356.

Alfonso García Figueroa

«LA TESIS DEL CASO ESPECIAL Y EL POSITIVISMO JURÍDICO»

DOXA 22 (1999)

LA TESIS DEL CASO ESPECIAL Y EL POSITIVISMO JURÍDICO*

Alfonso García Figueroa
Universidad de Castilla-La Mancha

Introducción

Son ya más de veinte los años transcurridos desde la publicación de dos libros que nos han proporcionado una nueva visión de la interpretación y la aplicación del derecho: *Theorie der juristischen Argumentation* [1] de Robert Alexy y *Legal Reasoning and Legal Theory* [2] de D. Neil MacCormick. Estos trabajos representan el núcleo de lo que Atienza ha denominado «la teoría estándar de la argumentación jurídica» [3]. Pese a sus diferencias, estas obras ofrecen un planteamiento sustancialmente unitario, que gira en torno a la llamada «tesis del caso especial» (*Sonderfallthese*). La tesis del caso especial (en lo sucesivo TCE) suele expresarse del siguiente modo:

* Agradezco a los profesores Jerónimo Betegón, Marina Gascón, Luis Prieto y Santiago Sastre sus valiosas observaciones, sugerencias y objeciones a la primera versión de este trabajo. Mi agradecimiento se hace extensivo a los participantes en el IV Congreso Hispano-Italiano de Teoría del Derecho, celebrado en el Palacio de Valdeparaíso de Almagro (Ciudad Real) los días 8, 9 y 10 de octubre de 1998, por sus interesantes intervenciones en relación con la ponencia origen de este trabajo y en especial al profesor Fernando Atria, con quien he mantenido una estimulante correspondencia posterior sobre varios extremos de los aquí tratados. Obviamente, las posibles deficiencias de este trabajo en todos los órdenes son exclusiva responsabilidad de su autor.

[1] Alexy, R., *Teoría de la argumentación jurídica* (en los sucesivo TAJ) (1978), trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989 (esta edición incorpora un postfacio, «Respuesta a algunos críticos», págs. 289-318). Las obras de Aulis Aarnio y Aleksander Peczenik se inscriben en la misma línea de pensamiento que Alexy, como lo demuestra su colaboración en Aarnio, Alexy y Peczenik, «The Foundation of Legal Reasoning», en *Rechtstheorie*, nº12 (1981), págs. 133-158; 257-279; 423-448. Son especialmente destacables: en la obra de Aarnio, *Lo racional como razonable*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991 y en la de Peczenik, *On Law and Reason*, Kluwer, Dordrecht, 1989.

[2] MacCormick, N., *Legal Reasoning and Legal Theory* (en lo sucesivo LRLT) (1978), Clarendon Press, Oxford, 1997 (reimpr.).

[3] Atienza, M., *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pág. 132. Para una visión general de las diversas teorías de la argumentación jurídica, también vide Neumann, U., *Juristische Argumentationslehre*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1986.

«El razonamiento jurídico es un caso especial del razonamiento práctico general» [4]

Desde luego, los autores citados no son los únicos que han sostenido este planteamiento. En realidad, es posible hallar mútiples formulaciones de esta idea básica. Por ejemplo, Nino expresaba esencialmente lo mismo cuando se refería a la «no fragmentación del discurso práctico» [5], a la «no insularidad del discurso práctico» [6] o incluso al «carácter imperialista del discurso moral» [7]. Es más: la misma idea subyace en expresiones de uso común entre los juristas. Los jueces no sólo interpretan el derecho, sino que «hacen justicia conforme a derecho» («*do justice according to law*» [8]) y hace poco tiempo no era difícil para los españoles imaginar a algún ex-Ministro de *Justicia* reclamando *justicia* frente a la decisión tomada por un Tribunal de *Justicia* [9]. En el lenguaje legal y en el cotidiano no se suele hablar del «titular de la cartera de la aplicación del derecho» para designar al Ministro de Justicia [10] y a los Tribunales (que lo son de Justicia) no se les exige sólo decisiones jurídicas, sino decisiones justas [11]. Aparentemente, la convicción de que razonar según derecho es básicamente efectuar un juicio moral con ciertas particularidades forma parte de las creencias de los ciudadanos.

Durante estas dos décadas, la TCE ha originado un amplio desarrollo teórico, cuyos resultados y consecuencias se extienden sobre la teoría del

---

[4] MacCormick afirma que su teoría «presenta el razonamiento jurídico como una especie de razonamiento práctico» (LRLT, xii) y, en palabras de Alexy, «el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico general». Sin embargo, conviene aquí prescindir del término «discurso», que presenta unas connotaciones específicas en la teoría comunicativa, en favor del más neutral término «razonamiento».

[5] Nino, C.S., *Derecho, moral y política*, Ariel, Barcelona, 1994, pág. 64.

[6] Nino, C.S., *Derecho, moral y política*, op. cit., págs. 79 ss.

[7] Ibidem.

[8] Vide LRLT, pág. 17.

[9] Al momento de la presentación de esta ponencia, eran aún recientes un buen número de declaraciones a favor de los procesados y condenados Vera y Barrionuevo. Probablemente pocas veces la justicia haya sido invocada de manera tan próxima al emotivista golpe sobre la mesa al que se refirió Ross.

[10] Aunque por razones históricas no nos sorprenda, parece extraño que se designe un Ministerio asociándole a la virtud que idealmente debería satisfacer. Sin embargo, lo que nos parece familiar en el caso del Ministerio de Justicia, quizá lo sea menos en otros casos. Imaginemos, por ejemplo, que se le imputara a un Ministerio de la *Fertilidad y la Abundancia Agropecuaria* una irregular gestión de las ayudas comunitarias para el cultivo del lino y que el Ministro de la *Elocuencia*, como portavoz del Gobierno, desmintiera esas noticias ante una serie de periodistas.

[11] Recuérdese que nuestro Código Penal (art. 446) sanciona al juez que «a sabiendas, dictare sentencia o resolución *injusta*». Agradezco al profesor Pablo de Lora que me haya llamado la atención sobre este precepto para ilustrar la idea aquí apuntada.

derecho. En realidad, a pesar de que la teoría de la argumentación jurídica no tiene por qué ser necesariamente incompatible con una visión positivista del derecho, la tesis del caso especial ha reforzado de manera más o menos consciente y explícita una teoría del derecho de corte no positivista, que viene disfrutando de una notoria hegemonía en los últimos tiempos. En este trabajo intentaré reconstruir la argumentación antipositivista que subyace a la tesis del caso especial y trataré de exponer algunas de las posibles objeciones que cabe plantear contra su pretendida virtualidad antipositivista.

1. Algunas precisiones de la tesis del caso especial

La TCE sin más especificaciones es ambigua y, por tanto, susceptible de diversas interpretaciones. Las siguientes son algunas de las precisiones que una teoría de la argumentación debe atender con el fin de restringir la ambigüedad de la TCE. Sin embargo, hay que lamentar que muy a menudo se invoca la TCE sin definir su significado preciso.

i) *Contexto de descubrimiento/contexto de justificación* [12]. El análisis que propone la teoría estándar de la argumentación jurídica se centra explícitamente en el contexto de justificación, no en el de descubrimiento [13]; es decir, en el conjunto de razones justificativas (jurídicas o no y explícitas o no) de la decisión jurídica y no en las causas psicológicas o sociológicas que la hayan propiciado. Éste es un avance considerable de la teoría estándar de la argumentación jurídica en relación con sus precursoras o con la teoría de la argumentación implícita en el realismo jurídico.

ii) *Teoría del derecho*. La teoría estándar de la argumentación jurídica se ocupa del razonamiento *jurídico*. Esto significa que la teoría de la argumentación presupone alguna teoría del derecho y singularmente alguna teoría acerca de las relaciones conceptuales entre derecho y moral. En palabras de MacCormick: «una teoría del razonamiento jurídico exige y es exigida por una teoría del derecho» [14]. Como he señalado, a pesar de que conceptualmente una teoría de la argumentación jurídica no es incompatible con una teoría positivista del derecho, de hecho la tesis del caso especial ha reforzado la vinculación conceptual de derecho y moral y, en este sentido, ha sido tendencialmente antipositivista. Este trabajo se centra específicamente en este aspecto de la tesis del caso especial.

---

[12] Como es sabido, la distinción se debe en estos términos a Hans Reichenbach (*La filosofía científica*, trad. de Horacio Flores Sánchez, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1967 (2ª ed.), pág. 240). Sobre la relevancia jurídica de esta distinción, vide Gascón, M., *Problemas de la fijación judicial de los hechos*, McGraw-Hill, Madrid, en prensa.

[13] Vide Atienza, M., *Las razones del derecho*, op. cit., págs. 22 ss., 134.

[14] LRLT, pág. 229.

iii) *Los agentes*. Quienes desarrollan tal razonamiento jurídico y los ámbitos en los que tiene lugar pueden ser muy diversos. A la teoría de la argumentación jurídica le interesa especialmente el razonamiento jurídico de los órganos jurisdiccionales.

iv) *Teoría descriptiva/teoría normativa*. Aunque usualmente expuesta en términos aparentemente descriptivos, a veces no está del todo claro si la tesis del caso especial presenta un carácter descriptivo o bien normativo. En el primer caso, se afirma que el razonamiento jurídico *es* una clase de razonamiento moral; en el segundo, que el razonamiento jurídico *debería ser* una clase de razonamiento moral [15]. La adopción de una u otra perspectiva comporta consecuencias importantes. Esto no obstante, la teoría estándar de la argumentación a veces se muestra ambigua en este punto. Probablemente esta falta de claridad se halla vinculada a la indefinición del tipo de razonamiento práctico general referido en el propio enunciado de la tesis del caso especial. Por esta razón, el examen del carácter descriptivo o prescriptivo de la TCE (iv) será relacionado con el del tipo de razonamiento práctico general presupuesto en la TCE (infra vii).

v) *La especialidad del razonamiento jurídico*. Cuando se afirma que el razonamiento jurídico es un caso *especial* de razonamiento moral, se define el razonamiento jurídico *per genus*. Sin embargo, la *especialidad* del razonamiento jurídico respecto del práctico general parece una cuestión central en una interpretación acerca de la tesis del caso especial. Este carácter especial parece debilitar lo que sería una insostenible identificación de razonamiento jurídico y moral. Sin embargo, es dudoso que ni siquiera esta cautela sirva para contener las fuertes contradicciones que pueden llegar a generarse entre el razonamiento jurídico y el razonamiento moral (singularmente cuando se trata de un razonamiento moral correcto).

Quizá por eso, el positivismo tradicional ha tendido a concebir el razonamiento jurídico como una actividad plenamente autónoma respecto del razonamiento moral. Por su parte, el positivismo metodológico más moderno admite en principio la intervención de premisas morales en el razonamiento jurídico, pero con carácter excepcional (en los casos difíciles) en au-

[15] La perspectiva descriptiva puede ser a su vez escindida en dos partes. De este modo, Jerzy Wróblewski distingue hasta tres modelos de justificación: un modelo de justificación descriptivo, que simplemente muestra los argumentos de un área de razonamiento; un modelo de justificación descriptivo teórico, que reconstruye los argumentos de un razonamiento, como parte de una teoría argumentativa más amplia; finalmente, el modelo de justificación normativo indica qué argumentos se deben utilizar en la aplicación del derecho (Wróblewski, J., «Paradigms of Justifying Legal Decisions», en Peczenik, A, Lindahl, L., van Roermund, B. (eds.), *Theory of Legal Science*, Reidel, Dordrecht/Boston/Lancaster, 1984, págs. 253-273, aquí pág. 255).

xilio de la justificación («interna» [16] o de «primer orden» [17]) basada exclusivamente en premisas jurídicas. En este sentido, la tesis del caso especial constituye en cierto modo una revolución frente a la visión tradicional de la aplicación del derecho. Según la TCE, el razonamiento jurídico es básicamente moral, pero se ve sometido a ciertos límites que lo especifican (la ley, el precedente, la dogmática y las reglas del ordenamiento procesal [18]).

vi) *Punto de vista interno/punto de vista externo* [19]. Esto no obstante, no nos hallamos en realidad ante un cambio revolucionario. Bajo la perspectiva de los juristas e incluso de los ciudadanos en general, el razonamiento jurídico ha sido a menudo considerado fundamentalmente moral. Como se ha señalado, los juristas hablan de «hacer justicia según derecho». Por tanto, la tesis del caso especial no constituye una teoría revolucionaria, sino, muy al contrario, simplemente la adopción del punto de vista tradicional de los participantes a la hora de analizar los procesos argumentativos en el ámbito del derecho. Tal punto de vista presenta un inconveniente fundamental: la indistinción de pertenencia y aplicabilidad, de teoría del derecho y teoría de la adjudicación, es decir, la imposibilidad de trazar los límites del derecho frente a otros órdenes normativos. Posteriormente insistiré en esta cuestión.

Antes de proseguir, cabe preguntarse cómo es posible que la tesis del caso especial presente a un tiempo una apariencia revolucionaria y tradicional. Creo que esta contradicción simplemente reproduce la que hallamos en la propia mentalidad de los juristas, escindida entre un positivismo teórico fiel al espíritu ultrarracionalista de la codificación y de la teoría formalista de la interpretación y, por otro lado, un iusnaturalismo legitimador de la propia actividad dogmática, legislativa y singularmente jurisdiccional. El positivismo teórico confía en la plenitud del sistema jurídico y por tanto excluye el recurso a elementos extrajurídicos en la aplicación del derecho. El iusnaturalismo vincula conceptualmente el derecho a la moral y, en consecuencia, la aplicación del derecho implica «hacer justicia conforme a derecho». El conflicto en la propia mentalidad del jurista tradicional explica que la TCE parezca revolucionaria y tradicional al mismo tiempo. En consecuencia, no es de extrañar que el punto de vista del participante, que es el punto de vista del jurista, suela proporcionar un concepto de derecho controvertido y confuso.

---

[16] Como es sabido, la distinción entre justificación interna y externa se debe, bajo esta terminología, a Jerzy Wróblewski («Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision», en *Rechtstheorie*, vol. 5 (1974), cuaderno 1/2, págs. 33-46).

[17] Vide LRLT, págs. 19 ss.

[18] Vide TAJ, págs. 36, 38.

[19] Sobre las implicaciones de una y otra perspectiva en una teoría del derecho, vide Sastre, S., *Ciencia jurídica positivista y neoconstitucionalismo*, McGraw-Hill, Madrid, 1999.

vii) *Moral crítica/social*. Según la tesis del caso especial, el razonamiento jurídico es un caso especial de razonamiento moral, pero ¿en relación con qué moral? Como es sabido, la moral social se define como el conjunto de valores y pautas vigentes en una colectividad humana con independencia de su corrección y se opone a la moral crítica, racional, esclarecida, correcta con independencia de su aceptación social.

Nuevamente, la adopción de un punto de vista interno o externo es fundamental. Desde la perspectiva del observador externo, la moral a la que se vincula el razonamiento jurídico es una moral social, conforme o no con los dictados de la moral crítica. Bajo la perspectiva interna del participante, la moral a la que el razonamiento jurídico se vincula es la moral crítica, la moral correcta. Sin embargo, nada garantiza que el participante esté formulando una teoría ética racional. Esto significa que podemos distinguir entre moral social, moral crítica y moral crítica social, dependiendo del punto de vista que adoptemos [20]. Desde un punto de vista externo es posible indicar qué significa moral crítica y moral social. Desde la perspectiva del participante sólo es posible formular una moral crítica social. Con el sintagma «moral crítica social» me refiero al conjunto de pautas aceptadas como correctas por el participante. Si el participante formula un juicio moral puramente crítico, entonces está adoptando un punto de vista externo, porque no acepta *a priori* la moral que evalúa. Si el participante formula un juicio moral puramente social (descriptivo), entonces también está adoptando un punto de vista externo, porque no acepta, sino que sólo describe una serie de prácticas. En ambos casos el participante deja de serlo genuinamente. Si en el Tercer *Reich* un sujeto cree que la política antisemita es correcta, entonces está formulando un juicio social en el sentido de que es conforme a una moral social vigente, pero al mismo tiempo es considerada correcta por el sujeto. La moral crítica social es objetivamente social, pero subjetivamente crítica.

En lo que sigue me referiré a las nociones de moral social y moral crítica siempre desde una perspectiva externa, salvo indicación contraria. Llamaré razonamiento moral social a la inferencia práctica, cuya premisa o premisas normativas fundamentales formen parte de la moral social y llamaré razonamiento moral crítico a la inferencia práctica, cuya premisa o premisas normativas fundamentales formen parte de la moral crítica.

viii) *Teoría ética*. La adopción de la TCE parece asentarse sobre algunos presupuestos en materia ética. La TCE presupone alguna teoría de éti-

[20] La distinción entre moral crítica y moral crítica social es análoga a la que Roscoe Pound establece entre un derecho natural natural («*natural natural law*») y un derecho natural positivo («*positive natural law*») (Pound, R., «Natural Natural Law and Positive Natural Law», en *Law Quarterly Review*, vol. 68 (1952), págs. 330-336).

ca descriptiva en el caso de que se refiera al razonamiento moral social y presupone, según los casos, alguna teoría metaética descriptivista o alguna teoría de ética normativa cuando vincula el razonamiento jurídico al razonamiento moral crítico. No es casualidad que el desarrollo de la teoría de la argumentación coincida con la rehabilitación de la razón práctica.

ix) *La cuestión de la única respuesta correcta*. Finalmente cabría considerar si existe, como Dworkin sugiere [21], una única respuesta correcta a nuestros interrogantes prácticos (y jurídicos en la medida en que la tesis del caso especial sea plausible). Alexy no comparte la tesis de la única respuesta correcta de Dworkin y mantiene, a cambio, «una versión débil de la tesis de la única respuesta correcta» [22]. Según el profesor de Kiel, cabe hablar no tanto de una única respuesta correcta, cuanto de un campo de posibilidad discursiva, que determina una serie de respuestas discursivamente correctas. Sin embargo, algunos autores [23] han criticado esta debilitación de la tesis de la única respuesta correcta por parte de Alexy. Si existe un conjunto de diferentes respuestas igualmente correctas, entonces existe una pluralidad de sistemas de justificación igualmente correctos. En tal caso, puede que dos normas incompatibles sean igualmente correctas, lo cual, si bien es posible y más que probable en los casos de los sistemas jurídicos y de la moral social, no parece admisible cuando hablamos de moral crítica, de moral correcta, de moral racional.

2. Cuatro interpretaciones de la tesis del caso especial

Los expuestos son sólo algunos de los elementos para la reflexión que ofrece la teoría estándar de la argumentación jurídica y singularmente la TCE. Como señalé anteriormente, de entre las cuestiones planteadas, quizá dos merezcan un desarrollo conjunto y más detenido como punto de partida para un examen de la TCE y de sus implicaciones para el positivismo jurídico. Me refiero a la determinación del carácter descriptivo o normativo de la tesis del caso especial (iv) y, por otra parte, al tipo de razonamiento prác-

---

[21] Vide Dworkin, R., «¿Realmente no hay respuesta correcta en los casos difíciles?», trad. de Maribel Narváez, en Casanovas, P. y Moreso, J.J. (comps.), *El ámbito de lo jurídico*, Crítica, Barcelona, 1994, págs. 475-512.

[22] Alexy, R., «Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica», trad. de Manuel Atienza, en *Doxa*, nº 5 (1988), págs. 139-151, aquí pág. 140.

[23] Vide Bayón, J.C., *La normatividad del derecho: deber jurídico y razones para la acción*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pág. 258, nota 305; Summers, R.S., Comments on «The Foundation of Legal Reasoning», en Krawietz, W. y Alexy, R. (eds.), *Metatheorie juristischer Argumentation*, Duncker & Humblot, Berlín, 1983, págs. 145-157, aquí pág. 155; Weinberger, O., «Der Streit um die praktische Vernunft. Gegen Scheinargumente in der praktische Philosophie», en Alexy, R. y Dreier, R. (eds.), *Rechtssystem und praktische Vernunft*, ARSP, cuaderno 51 (1993), Franz Steiner, Stuttgart, págs. 30-46, aquí pág. 43.

tico que se considera general: la moral social o la moral crítica (vii). Si tomamos en consideración estas dos variables, entonces se presentan cuatro interpretaciones posibles de la tesis del caso especial, que involucran el resto de los elementos arriba indicados:

TCE1: El razonamiento jurídico *es* un caso especial de razonamiento moral social.
TCE2: El razonamiento jurídico *debe ser* un caso especial de razonamiento moral crítico.
TCE3: El razonamiento jurídico *es* un caso especial de razonamiento moral crítico.
TCE4: El razonamiento jurídico *debe ser* un caso especial de razonamiento moral social.

En lo que sigue me ocuparé de las tres primeras versiones de TCE. TCE4 no es relevante para los fines de este trabajo, pues simplemente formula desde una perspectiva externa la teoría de la interpretación que sostendría un participante fuertemente comprometido con la moral positiva. Se trata de la postura de un positivista ideológico.

2.1. TCE1. El positivismo jurídico

TCE1 expresa una tesis descriptiva relativa a la práctica forense formulada desde un punto de vista externo. Se trata de la constatación de elementos extrajurídicos relevantes en el razonamiento jurídico, cuya procedencia se halla básicamente en alguna forma de moral social.

En principio cabe asociar esta postura al positivismo jurídico. De acuerdo con éste, el derecho es producto de una serie de prácticas sociales (tesis de las fuentes sociales [24]) y es identificado por una regla maestra como la regla de reconocimiento hartiana, la norma básica de Kelsen o la «regla de identificación» [25] de Bulygin. El derecho constituye, así pues, una obra de los hombres.

Toda obra humana es falible y el derecho lo es en dos aspectos muy relevantes: moral y técnicamente. El derecho es falible moralmente, porque sus respuestas pueden ser incompatibles con la moral crítica. El derecho es falible técnicamente en el sentido de que no siempre nos proporciona soluciones a los problemas que se le plantean. Es notorio que el derecho es impreciso lingüísticamente y presenta lagunas y antinomias. La constatación de la falibilidad moral del derecho se expresa en una de las tesis centrales

[24] Vide Raz, J., *La autoridad del derecho*, trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, Universidad Autónoma de México, 1982, cap. III.

[25] Así denomina José Juan Moreso al criterio de validez positivista que formula Eugenio Bulygin en «Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos», en *Doxa*, nº 9 (1991), págs. 257-279, aquí págs. 263-4 (Moreso, J.J., *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, pág. 148).

del positivismo: la tesis de la separación de derecho y moral [26]. Se puede y se debe establecer los límites que separan las normas jurídicas de las normas morales, los usos sociales, etc. Por eso, Raz habla de la «tesis de los límites del derecho» [27]. Por su parte y desde la perspectiva del aplicador del derecho, la constatación de la falibilidad técnica del derecho da lugar a lo que Lyons ha denominado la «tesis del derecho limitado» [28].

La tesis de los límites del derecho y la del derecho limitado son tesis independientes porque se puede sostener la tesis de los límites del derecho sin aceptar la tesis del derecho limitado. En tal caso nos hallamos ante un positivista teórico. En cierto modo, es el caso de Kelsen cuando sostiene la tesis de los límites del derecho (la norma básica determina qué es derecho y qué no es derecho), pero tal derecho no es tan limitado, en el sentido de que siempre proporciona una respuesta a las controversias jurídicas merced al principio de prohibición: todo lo que no está prohibido está permitido [29].

También cabe la situación inversa: la de quien no acepta la tesis de los límites del derecho y sí la tesis del derecho limitado. En principio, la teoría de Alexy quizá pudiera ejemplificar esta situación, pues, en cuanto antipositivista, rechaza la tesis de los límites entre derecho y moral, pero no confía en que el derecho ni la moral a éste vinculada carezca de insuficiencias y, en ese sentido, reconoce que el derecho es limitado (supra 1. ix).

Sin embargo, aquí me interesa destacar que la tesis de los límites del derecho y la tesis del derecho limitado normalmente presentan cierta complementariedad. Dado que el derecho presenta límites respecto a otros órdenes, podemos hallar en otros órdenes las soluciones que no nos proporciona el derecho limitado. Si el derecho presenta insuficiencias, entonces habremos de defender normalmente la tesis de la discreción judicial que impulsa al juez a buscar una solución en otros órdenes normativos. Si el derecho no

---

[26] Dada la perniciosa influencia de ciertas cuestiones puramente nominales en las disputas iusfilosóficas, quizá fuera mejor hablar de la tesis de la no vinculación de derecho y moral, en lugar de la tesis de la separación. A veces se ha interpretado equivocadamente al positivismo como la doctrina que *separa* el derecho de la moral, cuando lo único que afirma es que *no se hallan necesariamente vinculados*.

[27] Raz, J., «Legal Principles and the Limits of Law», en *Yale Law Journal*, vol. 81 (1972), págs. 823-854. Este trabajo fue parcialmente reimpreso acompañado de un *postscriptum*, en Cohen, M. (ed.), *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, Duckworth, Londres, 1984, págs. 73-87. Cito por esta última versión.

[28] Lyons, D., «Justification and Judicial Responsability», en *California Law Review*, vol. 72 (1984), págs. 178-199.

[29] Vide Alchourrón,C.E. y Bulygin, E., *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Buenos Aires, 1987, págs. 184 ss. En tono crítico con la interpretación que los autores argentinos efectúan de la evolución del principio de prohibición en la teoría de Kelsen, vide Ruiz Manero, J., *Jurisdicción y normas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, págs. 42-45.

proporciona una respuesta y el juez nunca se abstiene de emitir una resolución, entonces es necesario admitir que el juez ejerce cierta discreción.

En realidad, la tesis de la discreción presenta un aspecto descriptivo y un aspecto normativo. El aspecto descriptivo de la tesis de la discreción consiste simplemente en la constatación de que el sistema jurídico presenta insuficiencias que suelen ser colmadas por la actividad discrecional del juez basada en estándares morales sociales (TCE1). El aspecto normativo de la tesis de la discreción judicial expresa la conveniencia de que exista discreción judicial, formula un juicio positivo acerca de la necesidad de cierta discreción por parte de los operadores jurídicos [30]. Este aspecto normativo de la discreción judicial reclama alguna teoría de la argumentación jurídica que guíe al juez y presupone su conveniencia.

En suma, la discreción existe, es bueno que exista y podemos y debemos formular los mejores criterios posibles para ejercerla. En este sentido, el positivismo jurídico no sólo tolera una teoría de la argumentación jurídica, sino que la reclama y la valora. Tal modelo normativo de justificación podría expresarse de algún modo a través de TCE2. Sin embargo, antes de analizar esta posibilidad, podría aducirse contra esta armonía entre la TCE1 y el positivismo jurídico, que la doctrina positivista ha sido tradicionalmente reacia a admitir que siempre existan elementos de la moral social en la argumentación jurídica (TCE1) o que deban siempre estar presentes en alguna medida elementos de la moral crítica en la argumentación jurídica (TCE2).

En efecto, el positivismo teórico decimonónico concibió el razonamiento jurídico como completamente autónomo y autosuficiente, sin ningún punto de contacto con el razonamiento moral social o crítico. Sin embargo, este paleopositivismo ha perdido toda su vigencia. Por esta razón, más interés presenta la cuestión al referirla al modelo de interpretación implícito en las tesis hartianas. Da la impresión de que la tesis de la discreción presupone una estricta escisión de casos fáciles, donde el razonamiento jurídico se presenta como plenamente autosuficiente, y casos difíciles, donde el razonamiento moral actúa sin restricciones. Esta interpretación de la tesis de la discreción se funda sobre una falsa disyuntiva: sujeción al derecho o arbitrariedad. La crítica de Dworkin al positivismo jurídico presupone esta falsa disyuntiva [31], pero el positivismo no afirma que el juez pueda simplemente imponer sus preferencias personales en los casos difíciles. El juez debe en todo caso justificar su decisión articulando una teoría de la argumentación jurídica.

---

[30] Vide, por ejemplo, Hart, H.L.A., *El concepto de derecho* (1961), trad. de Genaro Carrió, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992 (2ª de. reimpr.), págs. 160-161; Raz, J., *La autoridad del derecho*, op. cit., pág. 99, nota 20; Ruiz Manero, J., *Jurisdicción y normas*, op. cit., pág. 185.

[31] Me he referido a esta cuestión en mi trabajo *Principios y positivismo jurídico*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, págs. 270 ss.

Por otra parte, el positivismo jurídico no tiene por qué negar que en el razonamiento jurídico de los casos fáciles pueden intervenir premisas morales de algún modo. La previa determinación de la facilidad o la dificultad de un caso se puede basar en consideraciones pragmáticas en las que pueden intervenir estándares de la moralidad social. Este planteamiento no afecta en nada a sus fundamentos [32]. La distinción de derecho y moral permite, precisamente, identificar los elementos del razonamiento jurídico que no son jurídicos.

En suma, TCE no se opone por tanto al positivismo jurídico, sino al holismo jurídico [33]. La necesidad de una teoría de la argumentación jurídica en principio surge como consecuencia de la insuficiencia del derecho para ofrecer por sí sólo respuestas a las controversias que se le presentan. Sólo un positivismo teórico estricto asociado a una teoría formalista de la interpretación excluye completamente la tesis del caso especial bajo todas sus versiones. También excluye la teoría de la argumentación jurídica.

2.2. TCE2. La teoría de MacCormick

TCE2 es una tesis normativa que prescribe la adecuación del razonamiento jurídico a la razón práctica. En este sentido, TCE2 es el complemento normativo de TCE1. TCE1 nos dice cómo es el razonamiento jurídico. TCE2 nos dice cómo debería ser.

La teoría de D.N. MacCormick pretende precisamente ofrecer una teoría normativa de la argumentación para orientar la discreción judicial. El propio MacCormick sugiere en el prólogo a *Legal Reasoning and Legal Theory* que, por diversas razones, este libro representa el complemento en el campo de la argumentación jurídica a la teoría del derecho positivista de

---

[32] La TCE deja abierta en principio la cuestión del concepto de derecho (positivista o no), si bien la adopción de una u otra versión de TCE puede ser más o menos compatible con ciertos conceptos de derecho en perjuicio de otros. Alexy afirma que existen al menos tres versiones de la TCE. Según la primera, que denomina «tesis de la secundariedad», el razonamiento jurídico es moral, pero posteriormente se le reviste con una «fachada jurídica». Según la que denomina «tesis de la adición», el razonamiento moral interviene cuando el jurídico es insuficiente y, finalmente, según la «tesis de la integración», los argumentos jurídicos y los morales interactúan en todos los niveles. Ésta es la interpretación de la TCE que defiende Alexy (TAJ, pág. 39). La tesis de la secundariedad parece propiciar una teoría realista o tópica del derecho. La tesis de la adición parece afín a la teoría de la interpretación del positivismo y finalmente, la tesis de la integración parece favorecer una concepción del «derecho como integridad» (Dworkin) o la articulación del derecho «desde su lado activo» (Alexy).

[33] Vide Alexy, R., «Juristische Interpretation», en *Recht, Vernunft, Diskurs*, Suhrkamp, Francfort del Meno, 1995, págs. 71-92, aquí pág. 88: «el rival más importante de la tesis del caso especial es la idea del holismo jurídico».

The Concept of Law de Hart [34]. Sin embargo, esta declaración de principios merece al menos dos precisiones.

La primera se refiere al carácter normativo de *Legal Reasoning and Legal Theory*. En realidad, la teoría de MacCormick no sólo ofrece criterios para saber cómo debemos argumentar, sino que pretende ser una descripción o una reconstrucción de la argumentación jurídica [35] a partir de numerosas decisiones jurisdiccionales. El llamado «modelo de la aplicación racional del derecho (al que cabe adscribir a los autores de la teoría estándar de la argumentación jurídica) tiene una naturaleza mixta, pues puede ser interpretado como un modelo normativo, o como un modelo descriptivo o incluso ambas cosas a un tiempo» [36].

Esta vía media que ensaya MacCormick presenta algunos riesgos de confusión entre discursos descriptivos y prescriptivos, aunque el propio autor se encarga de responder que «uno puede ser tanto censor como expositor sin confundir necesariamente ambos papeles» [37]. En realidad, la propensión hacia la falta de nitidez en la distinción de cuestiones descriptivas y prescriptivas es una muestra más del carácter marcadamente interno de la teoría de la argumentación jurídica. Los argumentos que presenta un participante básicamente coinciden con los que considera que debe presentar. Desde el momento en que no coincidan no estaremos ante un participante, sino ante un observador.

La segunda precisión presenta un carácter sobrevenido. En el citado prólogo a *Legal Reasoning and Legal Theory*, revisado en 1994, MacCormick pone de relieve que sus planteamientos inicialmente positivistas hartianos se han visto matizados en los últimos años [38]. En ese mismo prólogo el profesor escocés señala que Alexy y Habermas le han convencido de la vinculación entre la razón práctica discursiva y el razonamiento jurídico. Esto significa, en los términos de este trabajo, que la posición de MacCormick respecto a la TCE tiende a desplazarse desde TCE2 hacia TCE3.

No es el momento de referir los elementos esenciales de una obra ampliamente conocida [39] ni tampoco las transformaciones que haya podido ex-

---

[34] LRLT, pág. xiv.

[35] LRLT, pág. 13.

[36] Wróblewski, J., *The Judicial Application of Law* (editado por Zenon Bankowski y Neil MacCormick), Kluwer, Dordrecht, 1992, pág. 27.

[37] LRLT, pág. 77.

[38] LRLT, pág. xv. Vide MacCormick, N., «Law, Morality and Positivism», cap. VI de MacCormick, N. y Weinberger, O., *An Institutional Theory of Law*, trad. de los textos alemanes por Ruth Adler y Neil MacCormick, Reidel, Dordrecht, 1992 (2ª ed.), especialmente págs. 139-142. Sobre esta cuestión vide Ansuátegui Roig, F.J., *El positivismo jurídico neoinstitucionalista*, Dykinson, Madrid, 1996, págs. 78 ss.

[39] Vide Atienza, M., *Las razones del derecho*, op.cit., cap. quinto.

perimentar en los últimos años. Baste recordar que la teoría de la argumentación de MacCormick reconoce el papel de la lógica deductiva en el razonamiento jurídico y propone una serie de argumentos fundamentales en los casos difíciles: los requisitos de consistencia y coherencia, los argumentos universalistas y los argumentos consecuencialistas. Sean cuales fueren los propósitos de la obra de MacCormick, es claro que sus planteamientos pueden ser aprovechados como una propuesta de modelo normativo que guíe la discreción judicial de los operadores jurídicos.

2.3. TCE3. La teoría de Alexy

TCE3 constituye la versión más fuerte de TCE. El razonamiento jurídico queda conceptualmente vinculado al razonamiento moral racional. La teoría de Alexy parece responder a esta interpretación de la TCE. Según Alexy, todo acto de habla normativo (y el razonamiento jurídico lo es) presenta una pretensión de corrección. En principio, desde la perspectiva del observador, una *pretensión* de corrección no puede garantizar más que una vinculación a la moral social[40]. La vinculación del razonamiento jurídico al correcto se basa en la adopción de un punto de vista interno para estudiar el derecho y la argumentación y en una serie de presupuestos trascendentales e hipótesis empíricas acerca de la naturaleza humana[41]. Veámoslo con algo más de detenimiento.

La teoría de Alexy adopta el punto de vista del participante, el punto de vista interno, para desarrollar su teoría del derecho y su teoría de la argumentación. Desde esta perspectiva, sería de algún modo contradictorio que un agente adoptara unos criterios jurídicos o morales que no fueran considerados por él mismo como correctos. En consecuencia, la tesis de la pretensión de corrección se asienta sobre este presupuesto: no es posible sostener ningún razonamiento normativo, justificatorio, sin considerarlo correcto. Constituiría una contradicción performativa argumentar en favor de una determinada postura práctica y considerarla al mismo tiempo incorrec-

---

[40] Quizá por esta razón Soper sostiene una tesis más débil, según la cual el derecho sólo presenta una «pretensión de aceptabilidad» que se basa en la buena fe de quien ejerce el poder, que lo hace coherente y sincero con sus propias creencias morales. Vide Soper, Ph., *Una teoría del derecho*, trad. de Ricardo Caracciolo con la colaboración de Silvia Vera, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, págs. 183 ss. Vide en tono crítico: Caracciolo, R., «L'argomento della credenza morale», trad. de Paolo Comanducci, en Comanducci, P. y Guastini, R. (comps.), *Analisi e diritto* 1994, Giappichelli, Turín, págs. 97-110, así como el trabajo sobre el referido libro de Soper por Luis Prieto en la *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, nº 18 (mayo-agosto 1994), págs. 233-242.

[41] Sobre la relevancia de este tipo de presupuestos, vide Betegón, J., «El concepto de persona en el debate entre liberales y comunitaristas», en *Volubilis*, nº 4 (octubre 1996), págs. 174-187.

ta. Se estaría haciendo algo contrario a lo que se está haciendo cuando se ejecuta el acto de habla. En este sentido, se afirma que todo razonamiento normativo incorpora una pretensión de corrección [42].

Sin embargo, desde la perspectiva del observador externo cabe constatar dos problemas: primero, los individuos (entre los que se hallan legisladores y jueces) no son siempre coherentes con sus convicciones morales (en el caso de que las tengan) y, segundo, cuando lo son, no debemos olvidar que se trata tan sólo de eso: *convicciones* morales, no *certezas* morales, por así decir. Se trata, en los términos antes señalados, de una moral crítica social. El propio Alexy destaca que se trata de una mera *pretensión* de corrección. Un observador puede verificar sin grandes problemas que existen personas sin convicciones morales, personas incoherentes con sus propias convicciones morales y personas con convicciones morales incorrectas desde el punto de vista de la moral crítica. Lamentablemente, en el curso de la historia algunas personas como éstas han desarrollado (y aun hoy lo hacen) actividades legislativas, jurisdiccionales o dogmáticas. El mundo está lleno de personas con buenas intenciones, pero esto no parece impedir la existencia de órdenes normativos más o menos inicuos.

Frente a este tipo de inconvenientes, Alexy opone dos argumentos radicalmente distintos, uno de carácter pragmático trascendental y otro de naturaleza empírica. La primera cuestión es ¿por qué somos coherentes con nuestras convicciones morales? Según el argumento trascendental, la pretensión de corrección es una regla constitutiva de nuestros juegos de lenguaje. Si renunciamos a ella, no es que infrinjamos las normas de la comunicación; es que simplemente no estamos ejecutando un acto de habla válido, no estamos realizando un acto de comunicación, y si renunciamos siempre a hacer uso de las reglas constitutivas de la comunicación nos estamos autodestruyendo [43]. Alexy se inscribe de este modo en la tradición kantiana trascendental «ensanchada dialógicamente» [44] por lo que hoy representa la teoría del discurso de K.O. Apel y Jürgen Habermas.

Queda entonces por solucionar un segundo interrogante: ¿qué garantiza que las convicciones morales de un individuo coincidan con los dictados de la moral crítica? En este punto, Alexy curiosamente adopta un aire entre intuicionista y utilitarista. Se muestra intuicionista porque el presupuesto de

---

[42] Vide una crítica a la tesis de la pretensión de corrección en Betegón, J., «Sobre la pretendida corrección de la pretensión de corrección», en *Doxa*, nº 21 (1998), vol 1, págs. 171-192.

[43] Vide Alexy, R., «Diskurstheorie und Menschenrechte», en *Recht, Vernunft, Diskurs*, op.cit., págs. 127-164, aquí pág. 139.

[44] La expresión es de Wellmer, A., *Ética y diálogo. Elementos del juicio moral en Kant y en la ética del discurso*, trad. de Fabio Morales, Anthropos, Barcelona, 1994, pág. 49.

la coincidencia de las convicciones morales de los individuos con los dictados de la moral crítica parece presuponer que la bondad se halla de algún modo *in cordibus scripta* [45]. Se muestra utilitarista o hobbesiano [46] porque viene a afirmar que cualquier individuo está interesado por motivos egoístas en la vigencia de las reglas morales implícitas en cualquier discurso normativo. La dimensión intuicionista de la teoría de Alexy pone al alcance de todos el conocimiento de la ética del discurso. La dimensión hobbesiana de la teoría de Alexy asegura el sometimiento de todos a la ética del discurso. En otras palabras, el aspecto intuicionista garantiza el entendimiento y el aspecto hobbesiano garantiza la voluntad. Ambas dimensiones de su teoría parecen entrar en conflicto con el planteamiento general de su obra, con el modelo racionalista kantiano que se halla en la base de la teoría ética de Alexy. Su racionalismo no se aviene con el intuicionismo moral [47] y su deontologismo de raíz kantiana tampoco parece muy armónico con las consideraciones consecuencialistas.

No es posible profundizar aquí en la teoría de Alexy [48]. Basta para los propósitos de este trabajo poner de relieve algunos de sus inconvenientes más generales. La teoría de Alexy pretende crear un puente entre la tradición analítica y la hermenéutica, pero al grave precio de un uso inadecuado de ciertos instrumentos conceptuales aportados por la filosofía analítica [49] y, sobre todo, mediante la adopción de un cúmulo de tesis débiles: una tesis débil de la vinculación de derecho y moral [50], una tesis débil de la única respuesta correcta [51] y una fundamentación pragmático trascendental débil [52],

---

[45] El intuicionismo de Alexy se manifiesta en la vinculación entre el aspecto material y epistemológico de la corrección: «cuanto más extrema sea la injusticia, tanto más seguro su conocimiento» (Alexy, R., *El concepto y la validez del derecho*, trad. de Jorge M. Seña, Gedisa, Barcelona, 1994, pág. 57). También se percibe en su trabajo *Mauerschützen. Zum Verhältnis von Recht, Moral und Strafbarkeit*, Joachim Jungius, Hamburgo, 1993. Allí afirma que para determinar el umbral de injusticia que delimita en un sistema jurídico las normas extremadamente injustas (inválidas) de las no extremadamente injustas (que pueden ser válidas) hemos de atender a la evidencia de la injusticia.

[46] El «argumento hobbesiano» de Alexy (vide TAJ, págs. 305-310) es prácticamente el mismo que aduce Soper bajo el nombre de «argumento utilitarista» (Soper, Ph., *Una teoría del derecho*, trad. de Ricardo Caracciolo, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, págs. 103 ss. y 130 ss.).

[47] Vide TAJ, págs. 55-56.

[48] Vide Atienza, M., *Las razones del derecho*, op. cit., cap. sexto. Me he ocupado con cierto detenimiento de la teoría de Alexy en *Principios y positivismo jurídico*, op. cit., caps. quinto y sexto.

[49] En la medida en que Alexy se basa en la teoría de Habermas, vide el muy incisivo trabajo de Bar-Hillel, Y., «On Habermas' Hermenutic Philosophy of Language», en *Synthese*, nº 26 (1973), págs. 1-12.

[50] Vide Alexy, R., *El concepto y la validez del derecho*, op. cit., cap. primero.

[51] Supra 1.ix.

[52] Vide Alexy, R., «Respuesta a algunos críticos», en TAJ, págs. 289-318, aquí pág. 306.

que atraen sobre sí las objeciones de todas las tendencias a las que pretende satisfacer con su eclecticismo. Se trata de un «iusnaturalismo teñido lingüísticamente» [53] y su éxito se explica, nos dice Weinberger, por una asociación de la teoría del discurso al ideario democrático, una vinculación sobrevalorada en Alemania [54].

En lo que sigue me ocuparé básicamente de TCE3 por dos razones fundamentales: en primer lugar porque TCE3 parece haberse impuesto como la versión predominante de TCE y, en segundo, porque esta versión ha presentado una especial virtualidad antipositivista.

2.3.1. TCE3 y el positivismo jurídico

La TCE es una tesis acerca del razonamiento jurídico y el positivismo jurídico es un conjunto de tesis acerca del concepto de derecho. Se trata, por tanto, de cuestiones en principio distintas. Prueba de la neutralidad *iusteórica* de la teoría estándar de la argumentación jurídica es la distinta filiación de los dos máximos representantes de la teoría estándar de la argumentación jurídica: mientras que Alexy propugna una teoría del derecho no positivista, el MacCormick de *Legal Reasoning* sigue los pasos de H.L.A. Hart. Sin embargo, de hecho la TCE y, en general, la teoría de la argumentación jurídica han impulsado una teoría del derecho no positivista, es decir, han favorecido la vinculación conceptual necesaria de derecho y moral y quizá sea éste el origen de ciertas matizaciones que el positivismo de MacCormick haya debido formular en los últimos años. En la actualidad existen dos modos básicos de concebir la teoría de la argumentación jurídica: desde una perspectiva positivista según la articulación de TCE1 y TCE2 y desde una perspectiva no positivista a partir de TCE3, que será analizada a continuación.

La virtualidad antipositivista de TCE3 se basa en que los juristas «hacen justicia según derecho» y esto significa que el juez hace siempre justicia en alguna medida cuando aplica el derecho y que siempre aplica el derecho en alguna medida cuando imparte justicia.

La afirmación de que el juez hace justicia cuando aplica el derecho entra en conflicto con la tesis positivista de la separación de moral y derecho, en cuanto que presupone con carácter necesario lo que el positivismo considera contingente: cierta corrección moral en las premisas normativas (entre ellas las jurídicas) del razonamiento jurídico. La afirmación de que el

[53] «Linguistisch gefärbtes Naturrecht», en palabras de Hilgendorf («Zur traszendentalpragmatischen Begründung von Diskursregeln», en *Rechtstheorie*, nº 27 (1995), págs. 183-200, aquí pág. 199).

[54] Vide Bulygin, E., «Entrevista con Ota Weinberger», en *Doxa*, nº 11 (1992), págs. 313-323.

juez aplica el derecho al impartir justicia afecta a las tesis positivistas de los límites del derecho y, en consecuencia, afecta a la tesis del derecho limitado y a la tesis de la discreción judicial. La condición de «caso especial» del razonamiento jurídico en TCE3 sirve para matizar estas consecuencias extremadas, pero creo que no es una cautela satisfactoria. Veamos estas cuestiones con más detenimiento.

2.3.1.1. TCE3 y la tesis de la separación: ¿hace el juez justicia cuando aplica el derecho?

Cuando se afirma que el razonamiento jurídico es un caso especial de razonamiento moral, se define al razonamiento *per genus* y al mismo tiempo se presuponen algunas diferencias que lo especifican. Por lo tanto, el razonamiento jurídico es caracterizado como una clase que mantiene una relación de inclusión con la clase razonamiento práctico. Esto significa que la clase razonamiento jurídico pertenece a la clase del razonamiento práctico, de mayor extensión. La cuestión es entonces qué propiedad o propiedades definen la clase razonamiento práctico y bajo cuáles cabe admitir o no al razonamiento jurídico.

Los miembros de la clase razonamiento práctico tienen la propiedad de ser una inferencia en la que figura al menos una norma. Admitir que el razonamiento jurídico es un caso especial de razonamiento práctico en este sentido sería trivial. En realidad no tendría sentido ni siquiera hablar del razonamiento jurídico como un caso especial. Se trataría de un caso más de razonamiento práctico [55]. Sin embargo, en TCE3 se habla de un razonamiento práctico basado en los dictados de la moral correcta. La propia idea de «hacer justicia según derecho» presupone que debe existir cierta coherencia entre el derecho y la moral. ¿Sería acaso posible hacer justicia según derecho injusto? ¿Sería posible razonar moralmente con premisas jurídicas inmorales? Parece que si admitimos la posibilidad de un derecho injusto, entonces es difícil aceptar abiertamente TCE3.

Así las cosas, los defensores de TCE3 pueden introducir la cautela de la especialidad. En realidad, TCE habla de caso *especial* para excluir la identidad de razonamiento jurídico y razonamiento moral. Esta matización desarrolla una función análoga a la del carácter *extremadamente* injusto de las normas que no pueden pertenecer al derecho según el argumento de la injusticia de la célebre fórmula de Radbruch [56]. Es más, TCE3 no sólo presen-

[55] Prescindiendo de la cuestión de que algunos razonamientos jurídicos no siempre presentan un carácter normativo, dada la existencia en los sistemas jurídicos de, por ejemplo, definiciones.

[56] Sobre este argumento, vide Alexy, R., *El concepto y la validez del derecho*, op.cit., pág. 34; Radbruch, G., Filosofía del derecho, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959.

ta esta analogía con el argumento de la injusticia. En realidad TCE3 y el argumento de la injusticia resultan complementarios. Veamos en qué sentido.

Como es sabido, según la fórmula de Radbruch, las normas extremadamente injustas no pertenecen al derecho. De este modo, es posible admitir que existen normas injustas, pero no extremadamente injustas, en cualquier ordenamiento jurídico. Se trata de una corrección del iusnaturalismo tradicional, por la que el derecho deja de ser justo *ex definitione*. Como bien dice Peczenik, hemos pasado del «*lex iniusta non est lex*» al «*lex iniustissima non est lex*» [57]. Ésta es, nos dice Alexy, «la gracia (*Witz*) de la fórmula de Radbruch» [58]. Si el problema en teoría del derecho es entonces cómo determinar el «umbral de la injusticia» («*Unrechtsschwelle*») que separa lo injusto de lo extremadamente injusto, análogamente el problema en teoría de la argumentación reside en cómo determinar el límite a la especialidad, es decir, dónde situar el umbral que define el grado de tolerancia máxima de premisas injustas en el razonamiento práctico. Ésta es una cuestión no suficientemente aclarada por la teoría de la argumentación jurídica. Probablemente, esto se explique mejor por la complementariedad de TCE3 y una concepción no positivista del derecho. Si mantenemos una concepción no positivista del derecho, entonces no pueden darse premisas jurídicas extremadamente injustas en el razonamiento jurídico (pues las normas extremadamente injustas no serían jurídicas), lo que elimina la ocasión para que se produzcan contradicciones extremas entre las premisas jurídicas y el razonamiento moral crítico. De este modo se elimina el problema y además resulta innecesario referirse a él.

Volviendo al núcleo de la argumentación, TCE3 entonces sólo puede sostenerse sobre alguna de estas dos posibilidades: a) establecer la corrección moral en términos puramente formales, procedimentales o b) restringir la extensión de los razonamientos jurídicos y limitarla a aquéllos que proporcionan premisas adecuadas para un razonamiento moral correcto. Ambas estrategias aparecen de manera recurrente en las argumentaciones de numerosos teóricos.

a) La teoría de Alexy parece concebir el razonamiento práctico en términos extremadamente formales, procedimentales [59], y en ocasiones llega a

---

[57] Peczenik, A., «Dimensiones morales del derecho», trad. de Juan A. Pérez Lledó, en *Doxa*, nº 8 (1990), págs. 89-109, aquí pág. 104.

[58] Alexy, R., *Mauerschützen. Zum Verhältnis von Recht, Moral und Strafbarkeit*, op. cit., pág. 33.

[59] El carácter intrínsecamente procedimental de la ética del discurso unido a la superioridad procedimental que exhibe el derecho frente a las incertidumbres que plantea con frecuencia la moral ha contribuido a concebir la moral como «una forma deficiente de derecho», como advierte Cortina, A., «La moral como forma deficiente de derecho», en *Doxa*, nº 5 (1988), págs. 69-85.

vaciar de contenido la propia idea de moral[60], lo que abre la extensión de los razonamientos prácticos a cualquier razonamiento normativo, a cualquier acto de habla normativo. Este planteamiento no es nuevo ni tampoco es exclusivo de la teoría de la argumentación jurídica en el actual panorama iusfilosófico. Veámoslo con más detenimiento.

El argumento no es nuevo. En ocasiones se ha afirmado del derecho que es «estructuralmente moral». Aranguren caracteriza del siguiente modo la idea de «moral como estructura»:

> «Desde hace mucho tiempo he desarrollado la distinción, procedente de Xavier Zubiri, entre *moral como estructura* y *moral como contenido*. El hombre, por "inmoral" que en cuanto al contenido de su comportamiento pueda, en ocasiones, ser, es siempre moral en cuanto que, inexorablemente, le compete el "quehacer" de su vida (incluida la forma, deficiente por donde quiera que se la mire, de *dejar* que se la hagan los demás). El hombre, personal y socialmente considerado, es el actor, el agente y el autor de su vida: representa un papel –o muchos– con el cual actúa sobre la realidad, siguiendo el hilo de su propia invención. Naturalmente, no se inventa arbitrariamente una forma de vida, ni ésta incide caprichosamente sobre la realidad, ni la representación se lleva a cabo en la pura improvisación, sino que es sobre la base de unos condicionamientos (...) como se hacen el hombre y la sociedad.»[61]

Bajo este punto de vista, la moral es considerada simplemente como un sistema más o menos consistente de pautas que guían con más o menos regularidad la conducta de un individuo y que suelen tener su origen en la propia moral social. En consecuencia, sea cual fuere la conducta voluntaria de un individuo, será considerada «estructuralmente moral» según este planteamiento. En este sentido, decir que el derecho o el razonamiento jurídico es «estructuralmente moral» es prácticamente trivial.

Por otra parte, en la actualidad el argumento no es exclusivo de la teoría de la argumentación jurídica. La estrategia de la teoría de las razones para la acción[62] sigue unos pasos semejantes a la teoría de la argumentación jurídica. De hecho, TCE3 parece un presupuesto de la teoría de las razones para la acción. El razonamiento jurídico es considerado como parte de un discurso más amplio unificado por la idea de justificación, que en último término debe ser de carácter moral, pero esto sólo puede tener lugar me-

---

[60] Vide Prieto, L., *Ley, principios, derechos*, Dykinson, Madrid, 1998, pág. 67.

[61] Aranguren, J.L.L., *Ética de la felicidad y otros lenguajes*, Tecnos, Madrid, 1992 (2ª de.), pág. 110. Allí se remite a su obra Ética, Revista de Occidente, Madrid, 1960.Vide sobre la noción de moral como estructura Fernández García, E., *Estudios de ética jurídica*, Debate, Madrid, 1990, cap. 5 y Hermida del Llano, C., *J.L.L. Aranguren (1909-1996)*, Ediciones del Orto, Madrid, 1997, págs. 28 ss.

[62] Vide sobre esta cuestión: Raz, J., *Razón práctica y normas*, trad. de Juan Ruiz Manero, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991; Bayón, J.C., *La normatividad del derecho: deber jurídico y razones para la acción*, op. cit.

diante una consideración meramente «estructural» (es decir, vacía) de la moral. Cristina Redondo lo expresa del siguiente modo:

> «La única forma de llegar a la moral como patrón unificador del razonamiento del individuo es vaciándola de contenido (...) El problema es que bajo esta interpretación la palabra «moral» está desprovista de todo contenido, y su utilización se explica sólo por el efecto emocional positivo que conserva» [63]

b) Pero también se ha recurrido a menudo a la segunda estrategia, es decir, restringir la extensión del concepto de derecho, tomando como central el caso del razonamiento jurídico en los Estados de derecho constitucionales occidentales y manteniendo una teoría del derecho no positivista que no tolera en la extensión del concepto de sistema jurídico el derecho injusto, lo que impide la presencia de premisas normativas injustas, contrarias a la corrección del razonamiento práctico, como ya he señalado anteriormente. Esta vía (la vía de cierto constitucionalismo [64]) ha gozado de particular éxito entre «filósofos del derecho con vocación de constitucionalistas y de constitucionalistas con vocación de filósofos del derecho» [65] (entre los primeros se incluirían Alexy, Dworkin, Habermas o Nino y entre los segundos Gustavo Zagrebelsky [66]).

No es posible entrar a fondo en esta cuestión. Sin embargo, cabe al menos señalar algunas precisiones. En principio, ambas estrategias son legítimas. En un discurso puramente estipulativo, podemos establecer las definiciones que más nos convengan y eliminar los inconvenientes *ex vi terminorum*. Sin embargo, desde un metadiscurso analítico y un metadiscurso normativo, esta opción presenta algunos problemas. Desde un metadiscurso analítico, este planteamiento plantea más riesgos de confusión e incorpora cuestiones metaéticas que resolver de gran dificultad (¿qué significa «justicia»? ¿dónde se halla el límite de lo justo, lo injusto y lo extremadamente

---

[63] Redondo, M.C., *La noción de razón para la acción en el análisis jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996, pág. 243.

[64] Vide Prieto, L., *Constitucionalismo y positivismo*, Fontamara, México, 1997. He escrito un comentario a esta obra en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 54 (1998), págs. 367-381.

[65] Prieto, L., «La doctrina del derecho natural», en Betegón, J., Gascón, M., Páramo, J.R. de, Prieto, L., *Lecciones de teoría del derecho*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, págs. 31-66, aquí pág. 65.

[66] Vide Zagrebelsky, G., *El derecho dúctil*, trad. de Marina Gascón, Trotta, Madrid, 1995; Peces-Barba, G., «Desacuerdos y acuerdos con una obra importante», epílogo a la primera edición de *El derecho dúctil*, op. cit., págs. 157-173; Ansuátegui, F.J., «¿Crisis del positivismo jurídico? Dos respuestas italianas: Zagrebelsky y Scarpelli», en *Derechos y Libertades*, nº 2 (1994), págs. 113-151; Guastini, R., «Diritto mite, diritto incerto», en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, nº 2 (diciembre 1996), págs. 513-525. Vide también los trabajos a propósito de la obra de Zagrebelsky en *Anuario de Filosofía del Derecho* (1996-1997).

injusto? etc.). Desde un metadiscurso normativo, la estipulación no positivista comporta la devaluación de la moral crítica.

La saludable relativización de la polémica en términos de meras estipulaciones lingüísticas sobre la base del carácter intrínsecamente convencional del lenguaje nos debería conducir a la siguiente afirmación de Waismann: «nuestra perspectiva es sólo la mejor, cuando las demás nos engañan» [67]. Se trata, por tanto, de determinar un concepto de derecho lo menos engañoso posible desde un metadiscurso analítico y un metadiscurso normativo. En este sentido, aquí se sostiene que el positivismo sigue siendo la opción mejor.

En suma, regresando al núcleo de este trabajo, si se caracteriza el razonamiento práctico materialmente, como el conjunto de inferencias normativas sustantivamente correctas y/o si entendemos por derecho no sólo el conjunto de sistemas jurídicos propios de los Estados de derecho constitucionales, entonces el razonamiento jurídico, vinculado a una serie de normas jurídicas que son justas sólo de manera contingente, puede entrar en conflicto con el razonamiento práctico general. Bajo este punto de vista, como señala Braun, quizá la argumentación jurídica no sea un *minus*, sino un *alliud* con respecto a la argumentación moral [68].

2.3.1.2. TCE3 y la tesis de los límites del derecho: ¿aplica el juez derecho cuando imparte justicia?

Hasta el momento me he referido a los problemas que se derivan de la moralización del razonamiento jurídico en TCE3. A continuación, me ocuparé de la cuestión de la juridificación del razonamiento moral. La cuestión es: ¿aplica el juez invariablemente derecho cuando hace justicia?

Normalmente, el principio de legalidad somete la actividad jurisdiccional al derecho. En rigor, el juez debe aplicar el derecho y solamente el derecho. Sin embargo, del análisis de la fundamentación de las decisiones judiciales se desprende que en éstas no sólo figuran normas jurídicas, sino que podemos hallar consideraciones de justicia, referencias a la moral social o condicionamientos ideológicos. La cuestión es, como afirman Coval y Smith, que «la riqueza del *output* no puede ser explicada con tal pobreza de *input*» [69].

Para explicar la riqueza del *output* caben sendas interpretaciones: la interpretación positivista y la no positivista. Según el positivismo, el juez apli-

---

[67] Waismann, F., *Los principios de la filosofía lingüística*, trad. de José Antonio Robles, UNAM, México, 1970, pág. 53.

[68] Braun, C., «Diskurstheoretische Normenbegründung in der Rechtswissenschaft», en *Rechtstheorie*, nº 19 (1988), págs. 238-261, aquí pág. 259.

[69] Coval, S.C. y Smith, J.C., «Some Structural Properties of Legal Decisions», en *Cambrigde Law Journal*, nº 32 (1) (abril, 1973), págs. 81-103, aquí pág. 81.

ca el derecho y ejerce además cierta discreción judicial. La explicación positivista consiste en que al *input* inicial se le han añadido otros elementos. Según el no positivismo, en cambio, el sistema jurídico no era tan restringido como había sostenido el positivismo. La explicación es en este caso que el *input* era mayor de lo que el positivismo había pensado. Ésta es la vía seguida por el ataque más relevante de entre los emprendidos contra el positivismo jurídico en las últimas décadas. Me refiero obviamente a la teoría de Ronald Dworkin. Según Dworkin, el derecho se compone de una serie de normas reconocibles por el positivismo jurídico y de otras, los principios, ignorados por éste, pero válidos por su corrección moral y que también vinculan a los jueces en su actividad jurisdiccional.

A juicio de Alexy, la teoría de Dworkin supone un avance, porque enriquece el esquema positivista de reglas con una serie de principios. Sin embargo, el profesor alemán no lo considera un avance suficiente. La superación del esquema dworkiniano pasa en la teoría de Alexy por la distinción en el derecho de un lado pasivo y un lado activo. El lado pasivo del derecho está compuesto por una serie de normas (reglas positivistas y principios dworkinianos). El lado activo del derecho está integrado por procedimientos [70]. De acuerdo con Alexy, el derecho debe ser contemplado como un sistema de procedimientos argumentativos y no meramente como un conjunto estático de normas. El derecho debe ser estudiado desde su lado activo y no sólo desde su lado pasivo. El resultado es que la teoría del derecho tiende a convertirse en una teoría de la argumentación jurídica. Esto comporta una consecuencia importante: si el derecho tiende a ser contemplado como una teoría de la argumentación jurídica y de acuerdo con TCE3 la teoría de la argumentación jurídica tiende a convertirse en una teoría de la argumentación moral, entonces el derecho tiende a aproximarse a una forma de razonamiento moral. Éste es precisamente el itinerario que parece describir la argumentación antipositivista implícita en la TCE.

Sin embargo, este planteamiento presenta algunos inconvenientes. Con carácter previo hay que señalar que es dudoso que la teoría de Dworkin no se sitúe en el lado activo al elaborar su teoría del derecho. La carga argumentativa que incorporan los principios dworkinianos y la concepción interpretativa del derecho que sostiene Dworkin en *Law's Empire* [71], vinculando el derecho a la *soundest theory of law*, parecen indicar que también el autor norteamericano incurre en la confusión de teoría de las fuentes y teo-

[70] Vide Alexy, R., «La idea de una teoría procesal de la argumentación jurídica», trad. de Carlos de Santiago, en Garzón Valdés, E. (comp.), *Derecho y filosofía*, Alfa, Barcelona, 1985, págs. 43-57.

[71] Vide Dworkin, R., *El imperio de la justicia*, trad. de Claudia Ferrari, Gedisa, Barcelona, 1992.

ría de la argumentación, teoría del derecho y teoría de la adjudicación, como acertadamente denuncia Raz [72].

Éste es un problema que Kelsen considera [73] al analizar la teoría de Esser y también la de Pound [74]. Esser sostuvo que ciertos principios extrasistemáticos que se hallan en la base de algunas normas también forman parte *proprio vigore* del derecho. Kelsen opone a este planteamiento un argumento de «economía conceptual»: es necesario delimitar el derecho frente al resto de elementos que intervienen en una decisión judicial; de lo contrario, el concepto de derecho se expandiría tanto que llegaría a perder su significado, pues cualquier norma podría llegar a a formar parte del sistema jurídico.

Sin embargo, no sólo el concepto de derecho sale perjudicado por esta confusión. La propia función judicial queda desvirtuada. Si todas las normas que figuran en la argumentación de un juez deben ser consideradas parte del derecho, entonces la propia vinculación del juez al derecho dejaría de existir. Se produciría una situación semejante a la célebre que relata Platón en el *Eutifrón* [75]: si todo lo que el juez aplica es derecho por el hecho de aplicarlo, entonces el juez no está vinculado por derecho alguno (y ésta es una consecuencia que Alexy difícilmente aceptaría [76]).

Para comprender la cuestión adecuadamente, la teoría de Bulygin [77] resulta una vez más particularmente esclarecedora. El profesor argentino distingue entre pertenencia y aplicabilidad. Una norma válida es una norma que pertenece al derecho. Una norma aplicable es aquélla susceptible de aplicación por los jueces. Normalmente las normas válidas son aplicables y las normas son aplicables en cuanto válidas. Sin embargo, esto no siempre es así. En ocasiones, se aplican normas que no pertenecen al sistema jurídico y en tales casos dejan de ser aplicables normas válidas relevantes para el caso. Esta situación tiene lugar, por ejemplo, cuando se aplican normas ex-

---

[72] Raz, J., «The Problem about the Nature of Law», en *University of Western Ontario Law Review*, vol. 21, nº 2 (1983), págs. 203-218, aquí pág. 211.

[73] Aunque Raz («The Problem about the Nature of Law», op. cit., pág. 210) afirma que Kelsen «no tiene tal explicación».

[74] Vide Kelsen, H., *Teoría general de las normas*, trad. de Hugo Carlos Delory Jacobs, Trillas, México, 1994, cap. 28 y págs. 302-303, nota 80.

[75] En ese diálogo dice Sócrates: «...pero reflexiona sobre esto: ¿acaso lo piadoso es amado por los dioses porque es piadoso o es piadoso porque los dioses lo aman?» (Platón, *Eutifrón*, 10a, cito por el texto traducido, seleccionado y comentado por García Máynez, E., *Teorías sobre la justicia en los diálogos de Platón*, vol. I, UNAM, México, 1981, págs. 55 ss. y 211).

[76] Vide TAJ, pág. 312, donde Alexy censura la infravaloración de la vinculación a la ley, la dogmática jurídica y el precedente por parte de la tópica.

[77] Vide Bulygin, E., «Tiempo y validez», en Alchourrón, C.E. y Bulygin, E., *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, págs. 195-214.

tranjeras según prescribe alguna norma de conflicto de derecho internacional privado o cuando se aplica derecho histórico de acuerdo con una disposición transitoria. Esto demuestra que no toda norma aplicable es válida.

El esquema es perfectamente trasladable al problema que nos ocupa. Ciertas normas morales y otros estándares que forman parte de la justificación explícita y, en su caso, de la justificación entimemática de una decisión judicial son aplicables a pesar de que no forman parte necesariamente del derecho. Cabría entonces preguntarse de dónde obtienen su aplicabilidad. Las normas extranjeras se aplican sobre la base de una norma válida de derecho internacional privado y el derecho histórico sobre la de una disposición transitoria válida. En realidad, han existido diversos medios para fundar la aplicabilidad de estándares morales extrajurídicos. La forma más manifiesta consiste en el art. 1.2 del código civil suizo [78], que autoriza al juez a portarse como si fuera un legislador, pero en otros ordenamientos se han ensayado fórmulas más sutiles que tienden a disimular el creacionismo judicial: así las referencias a las buenas costumbres, al orden público, a la diligencia del buen padre de familia, ciertos principios constitucionales, etc. Todas estas «fuentes de discreción», por usar una expresión de Raz [79], ofrecen una cobertura jurídica a la aplicabilidad de ciertos estándares morales y en los casos difíciles suponen una guía para que el juez desarrolle una teoría de la argumentacion jurídica.

La noción de aplicabilidad permite dar una explicación satisfactoria al problema de la «riqueza del *output*» y supone una alternativa sólida a la visión no positivista del derecho y a la concepción de la argumentación jurídica según TCE3. Sin embargo, la noción de aplicabilidad no ha concitado la atención que quizá merecería por su versatilidad [80]. Esta versatilidad sí ha sido especialmente puesta de relieve por José Juan Moreso, quien destaca la capacidad de la noción de aplicabilidad para explicar el papel en el sistema jurídico de las normas consuetudinarias, los estándares de moralidad, las normas irregulares [81] (por ejemplo las inconstitucionales) y las que denomi-

[78] Sobre las implicaciones de la teoría de Dworkin en relación con este precepto del ordenamiento jurídico helvético, vide Strolz, M.M., *Ronald Dworkin's These der Rechte im Vergleich zur gesetzgeberischen Methode nach Art. 1 Abs. 2 und 3 ZGB*, Schulthess, Zurich, 1991.

[79] Vide Raz, J., «Legal Principles and the Limits of the Law», op. cit., págs. 75-76.

[80] En este sentido, Daniel Mendonça (voz «Aplicación del derecho» en Garzón Valdés, E. y Laporta, F.J. (eds.), vol. II de la *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, El derecho y la justicia*, Trotta/CSIC/BOE, Madrid, 1996, págs. 267-282, aquí pág. 279) ha señalado que el par de conceptos aplicabilidad-aplicación «no ha sido objeto de suficiente análisis por parte de los teóricos del derecho, salvo importantes excepciones» (Mendonça cita algunos trabajos de Ross, Bulygin, Moreso y Navarro).

[81] Sobre la distinción entre validez y aplicabilidad en el caso de las normas irregulares y especialmente en relación con la visión del problema por parte de la dogmática, vide en este

na «normas receptadas» (normas preconstitucionales que obtienen aplicación en el nuevo orden jurídico) [82].

Ahora bien, si la explicación que nos proporciona la noción de aplicabilidad al problema de la riqueza del *output* parece bastante razonable, ¿cuál es la razón de la fortuna de la alternativa no positivista? El origen de la confusión de pertenencia y aplicabilidad es la adopción del punto de vista interno, el punto de vista del participante para estudiar el derecho. La confusión de pertenencia y aplicabilidad se puede observar claramente en la siguiente definición de fuente, que nos ofrece Aarnio desde un punto de vista típicamente de participante:

> «Toda razón que de acuerdo con las reglas generalmente aceptadas por la comunidad jurídica, puede ser usada como base justificadora de la interpretación es fuente del derecho» [83]

Según esta definición, una fuente es una norma aplicable. Ésta es una definición que se ciñe a la idea de fuente que aparentemente sostienen los participantes, singularmente los jueces. Esta perspectiva de análisis explica también la confusión de teoría del derecho y teoría de la argumentación jurídica, pues el derecho se identifica con el conjunto de razones, formalmente válidas o no, que fundamentan una decisión y también explica la confusión de razonamiento jurídico y razonamiento moral, porque, desde la perspectiva del participante, las razones para la acción deben unificarse bajo una razón última de carácter moral. La teoría de la argumentación jurídica, como la teoría de las razones para la acción, conduce la argumentación jurídica al ámbito de deliberación personal, donde no es posible la fragmentación del discurso práctico y de ahí deriva la unidad del discurso práctico, pero esto tiene lugar bajo el presupuesto de la superioridad del punto de vista interno, del punto de vista del participante para analizar el derecho. Cuando adoptamos el punto de vista externo, que rebasa el ámbito de la deliberación personal, observamos que en la realidad la fragmentación del discurso práctico no sólo es posible, sino frecuente.

Estas últimas consideraciones determinan una importante particularidad en los estándares morales respecto de otras normas inválidas pero aplicables. Mientras que desde un punto de vista interno, las normas extranjeras, derogadas o «receptadas» son consideradas extrajurídicas, los estándares

---

mismo volumen el trabajo de Pérez Treviño, J.L., «Validez, aplicabilidad y nulidad. Un análisis comparativo de la teoría del derecho y la dogmática jurídica».

[82] Moreso, J.J., *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, op. cit., pags. 151 ss. Me he ocupado de esta obra en «Una vigilia con Moreso. Algunas notas a propósito de *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, nº XV (1998).

[83] Aarnio, A., *Lo racional como razonable*, op. cit., pág. 123.

morales son contemplados como parte del sistema jurídico. El no positivismo ha creado de este modo una asimetría en el conjunto de normas inválidas pero aplicables, mediante la confusión de normas jurídicas y normas morales aplicables en los procesos argumentativos de los participantes, que se rigen por la idea de TCE3.

En suma es necesario trazar los límites del derecho frente a órdenes normativos como la moral y es necesario distinguir la pertenencia de las normas a un sistema jurídico de su aplicabilidad. Que el derecho presente límites no significa que no sea *abierto*, en el sentido de que permite la aplicabilidad de normas ajenas al sistema jurídico. La aplicabilidad de estándares morales constituye un caso especial de aplicabilidad general en el derecho.

3. Conclusión

La tesis del caso especial, núcleo de la teoría de la argumentación jurídica, es ambigua y por ello puede ser interpretada de modos diversos. En este trabajo he tomado como central la version de la tesis del caso especial como una tesis descriptiva que vincula el razonamiento jurídico al razonamiento moral crítico y que reproduce el punto de vista de los participantes, según el cual los jueces «hacen justicia según derecho» cuando ejercen su labor jurisdiccional.

Ahora bien, si el razonamiento jurídico se aproxima al razonamiento moral crítico y la teoría del derecho se convierte en una teoría de la argumentación jurídica, entonces el resultado es una teoría del derecho argumentativa y antipositivista. Estos rasgos confluyen en dos de los ataques más importantes al positivismo jurídico de las últimas décadas: la teoría «interpretativa» del derecho de Dworkin y la teoría del derecho basada en su «lado activo» de Alexy.

La dimensión antipositivista de estas teorías presenta problemas desde un metadiscurso analítico y un metadiscurso normativo. La dimensión argumentativa genera la disolución del concepto de derecho y de la función judicial y se basa en la confusión de las nociones de pertenencia y aplicabilidad, causada por la adopción de la perspectiva interna, del participante, que estas teorías adoptan.

Rafael de Asís Roig

«MODELOS TEÓRICOS DEL ESTADO DE DERECHO»

DOXA 22 (1999)

MODELOS TEÓRICOS DEL ESTADO DE DERECHO

Rafael de Asís Roig
Universidad Carlos III de Madrid

La intervención da cuenta de las diferentes construcciones que sobre el Estado de Derecho se han elaborado para pronunciarse sobre su validez atendiendo al ámbito de conocimiento en el que se desenvuelven.

Dos perspectivas de análisis

1. Perspectiva analítica

La perspectiva analítica se plantea el significado de los términos que ocmponen la expresión y a partir de éste, da sentido a su unión. Desde esta perspectiva, la noción dependerá de la posición que se mantenga sobre cada uno de los términos que la componen.

El análisis parte de la delimitación de un significado mínimo del término Derecho que luego podrá ser ampliado. Este significado mínimo se traduce en la comprensión del Derecho como técnica normativa de control social relacionado con el Poder político.

A partir de aquí, la perspectiva dependerá de la posición que se mantenga sobre el Derecho. En este sentido, y con carácter general es posible, en principio, diferenciar dos tipos de construcciones: las sistemáticas y las no sistemáticas.

La defensa de las primeras supone introducir una serie de caracterísitcas que deben poseer las normas en el sentido de configurar un conjunto, al menos, unitario y coherente. La idea de sistema, aplicada a la relación entre Poder y Derecho, supone establecer unos límites al ejercicio normativo del Poder (al menos, la prohibición de crear normas que contradigan esas exigencias de unidad y coherencia).

La defensa de posiciones no sistemáticas, aplicadas a la relación entre Poder y Derecho, no añaden en principio estas exigencias, es decir, plantean esta conexión sin añadidos. Integran la idea de límites al Poder en un sentido mínimo, es decir, haciendo alusión a la existencia de mandatos relacio-

nados con el Poder y que necesariamente, por el simple hecho de ser emitidas, delimitan su actuación.

Un aspecto común de ambas posiciones radica en la vinculación que se establece entre eficacia y validez del Derecho. Conocidas son las posiciones que aluden a la necesidad de contemplar la dimensión de la eficacia a la hora de plantearse el problema de la validez del Derecho, máxime si se mantiene una visión funcional de éste. Por esta atención a la eficacia se produce también desde posiciones que manejan una justificación finalista del Derecho, esto es, conectada al logro de determinados fines. En todo caso, la atención a la eficacia hace que el problema de la justificación del Derecho, ya sea funcional o finalista, repercuta directamente sobre su validez.

La distinción entre concepciones funcionalistas y finalistas resulta de interés para el propósito de la investigación. En principio podemos pensar que las primeras se centran únicamente en el estudio de la función del Derecho como técnica normativa de control social, extrayendo de aquí una serie de características que lo definirían y que se trasladan por tanto a la relación entre Poder y Derecho. Por su parte, las finalistas subrayan, además, la necesidad de la consecución de determinados fines por el Derecho, con lo que aumentan las exigencias de su definición y, por ende, las de la relación entre Poder y Derecho.

En este sentido es posible afirmar que las posiciones funcionalistas en el sentido en el que aquí las estoy exponiendo, asumen el significado mínimo desde el que es comprensible el Derecho desde la Modernidad, mientras que las finalistas añaden exigencias que, en muchas ocasiones, se han ido incorporando a ámbitos jurídicos concretos.

Si esto es así, esta reflexión, unida a la distinción entre posiciones sistemáticas y no sistemáticas, plantearía la posibilidad de entender como premodernas (o también como postmodernas) las posiciones no sistemáticas. En efecto, entre las características que sirven para entender el Derecho en la Modernidad, destaca la de la publicidad, que tiene que ver, por otro lado, con la idea de la emisión de los mandatos y su conocimiento. Pero además, no hay que pasar por alto que el Derecho de la modernidad es un Derecho racional, entre cuyas notas están también esas exigencias de unidad y coherencia. Por otro lado, existen al menos dos características del Derecho moderno que conviene resaltar y que se proyectan sobre sus normas. Se trata de la exigencia de generalidad y claridad. La primera puede expresar un cierto sentido de igualdad formal, aunque seguramente quede mejor explicada atendiendo a la idea de imparcialidad. En cualquier caso, no supone que necesariamene todas las normas sean generales. En efecto, la generalidad es compatible con normas individuales. Respecto a la claridad, se trata de un postulado que acompaña a las normas que pretenden ser eficaces. Eso

sí, se trata también de un concepto de claridad amplio que básicamente se traduce en que sus contenidos sean posibles, públicos, y con ello, al menos, relativamente determinados.

Por último, conviene subrayar también la conexión existente desde este momento entre el Derecho y el Poder. En la Modernidad, esta relación hace alusión, como he señalado, a un determinado tipo de Derecho, pero también a una determinada articulación del Poder político. En relación con esto último, creo importante destacar, a los efectos de la temática que estamos abordando, la asunción de un postulado que va a definir el ejercicio de la soberanía y que se identifica con el principio de la separación de poderes. Se trata de una característica que acompña el ejercicio del poder político. Este postulado no se entiende sin la asignación no sólo de funciones a los poderes, sino también de exigencias en el desempeño de éstas que, en un sentido mínimo y general, implican la sujeción al Derecho y, en el caso del poder judicial, a la imparcialidad.

Ahora bien, es posible considerar que este rasgo está implícito en la exigencia de unidad y coherencia del sistema contempladas desde las funciones del Estado. Es decir, un Derecho racional, apoyado en el Estado, puede requerir la existencia de una separación funcional de la labores del poder político que tienen una proyección jurídica, y que se justifique desde la exigencia de unidad y coherencia. La distinción entre concepciones funcionales y finalistas vuelve a recobrar importancia. La separación de poderes puede justificarse bien desde una perspectiva funcional, en donde no aparece asociada a ningún fin concreto, sino al cumplimiento de la función de control social (eficacia), bien desde una perspectiva finalista, en donde este principio se considera imprescindible para que la técnica logre unos determinados fines (eficacia de fines).

En cualquier caso, la adopción del principio de separación de poderes implica, como veremos, que uno de los aspectos esenciales del problema que estoy analizando esté constituido por la relación existente entre los distintos poderes del Estado. La simple asunción de los requisitos de unidad y coherencia, como rasgos propios del Derecho moderno, lleva necesariamente a abordar qué órganos, en qué situaciones y con qué criterios son los encargados de determinar la coherencia y la incoherencia de las normas.

La distinción entre posiciones funcionalistas y finalistas, y la contemplación del Derecho y del Estado modernos, supone implícitamente defender la existencia, desde la Modernidad, de un concepto básico de Derecho, sin el cual no es posible utilizar ese término para referirse a la jurídico, y de diferentes conceptos de Derecho vinculados a fines concretos.

Para la primera visión, el término Derecho se utilizaría para identificar una técnica de control social compuesta por un conjunto de normas públi-

cas que forman un conjunto unitario y coherente y están apoyadas en el poder soberano del Estado ejercido a través de una separación funcional de sus órganos. Para la segunda, además, el conjunto de normas estaría presidido por una serie de exigencias de carácter material. Con ello, el problema de la determinación de las incoherencias subsiste, si bien, en principio, y a diferencia de la anterior visión, se conoce ahora los contenidos materiales que sirven de referencia. El mismo esquema debería repetirse en el caso de aceptar posiciones no sistemáticas.

Volviendo al tema de la eficacia, que estaría presente en las diferentes aproximaciones, puede afirmarse que puede ser producida, dicho de forma muy resumida, bien por la fuerza del poder capaz de imponer las normas, bien por la aceptación de éstas por sus destinatarios. La primera perspectiva es la que representa a la fuerza del Poder como requisito para la validez, dada su relación con la eficacia, del Derecho. Por su parte, la segunda perspectiva (y seguramente también la primera), exige, como requisito previo, la posibilidad de conocer los mandatos. A partir de él, nos embarcamos en el análisis de la obediencia al Derecho.

Pues bien, respecto al problema de la obediencia, de nuevo la fórmula resumida y general, es posiblel plantear dos tipos de argumentos: el del consentimiento y el de la justicia. Se trata de argumentos que pueden ser planteados de forma conjunta o separada. Desde esta segunda opción, podemos pensar que el argumento del consentimiento guarda relación con la cuestión sobre la legitimidad del poder, mientras que el de la justicia precisamente con la cuestión sobre la justicia del Derecho.

En todo caso, estos atributos pueden ser utilizados con independencia del problema de la obedicencia para describir contenidos y estructuras de la relación entre Derecho y Poder. Precisamente este será el camino que seguiré [1]. En este sentido, la cuestión sobre la legitimidad se dirigirá básicamente a plantear la reflexión sobre la justificación del Poder, o mejor, la determinación del tipo de Poder, mientras qu ela cuestión sobre la justicia hará referencia a los contenidos materiales del Derecho. Ciertamente esta forma de abordar el problema de la legitimidad, además de simple, es insuficiente ya que desconoce la posibilidad de alterar su sentido mediante el significado de los derechos. En efecto, como tendremos ocasión de comprobar, el problema de la legitimidad puede entrar en tensión con el problema de la justicia o, incluso, ir a remolque de él. Precisamente esto suele ocurrir en aquellas posiciones que establecen la prioridad de los derechos dotándoles de un carácter objetivo y además, normalmente, de un contenido preciso. Con ello, el problema de la legitimidad, en la práctica, no se traduce en tér-

[1] A pesar del carácter polémico de estos dos referentes, me parece que a través de ellos es posible dar luz y explicar los diferentes modelos de Estado de Derecho y su evolución.

minos de participación, consenso o aceptación, sino más bien en términos de hacer más eficaz y correcta la comprensión de los derechos. De esta forma, la idea de legitimidad se mueve en términos de justicia.

Es posible utilizar, para describir estas posiciones, el término imparcialidad y hacerlo como criterio de legitimidad. A través de este criterio surge la defensa de la actuación judicial frente a la Parlamentaria, bajo el presupuesto de que precisamente esta última no puede entenderse como imparcial. El órgano legítimo no es aquel que representa a los ciudadanos y que por ello está legitimado en sus decisiones. Al conocer ya los contenidos posibles de las decisiones, pasan a primer plano, en lo que a la legitimidad se refiere, los órganos que actuarían de forma imparcial. Ahora bien, este criterio se mueve en un ámbito distinto de legitimidad. Así, mientras el democrático se mueve en el ámbito del poder, el de la imparcialidad en el de la decisión. De ahí que este último aparezca de la mano de lo que denominaré como criterios de justicia.

El tratamiento de estos términos adelanta ya uno de los problemas presentes en el examen de la relación entre Poder y Derecho y, con más claridad, en la resolución del significado de Estado de Derecho. En efecto, no es lo mismo plantear un concepto de Estado de Derecho desde una perspectiva descriptiva que desde una perspectiva prescriptiva. La perspectiva descriptiva presentaría este término apoyándose en el Derecho o en la doctrina dejando claro que lo que se busca es reflejar su uso. Por su parte, la prescriptiva, no se construiría necesariamente desde realidad alguna (en todo caso eso no sería lo importante), planteando cómo debe ser utilizado el término. Pues bien, cuando se adopta una posición claramente descriptiva y además, conectada con criterios de justicia o de legitimidad, es posible introducir el problema de la obediencia; en cambio cuando estos contenidos no aparecen o cuando se está simplemente intentando describir un uso de la expresión, esta problemática no tiene por qué ser abordada.

Si identificamos las exigencias a las que aluden las posiciones finalistas con los derechos fundamentales, mantenemos que la concepción del Estado depende la concepción de los derechos, asumimos la clasificación clásica de los derechos que permite diferenciar los individuales, los políticos y los sociales, y establecemos, aunque sea de forma polémica, que los individuales y los sociales hacen referencia a criterios de justicia, mientras que los políticos a criterios de legitimidad, podríamos concluir que, dependiendo de la posición que se mantenga sobre el Derecho y su relación con el Poder, se defenderán concepciones diferentes sobre el Estado de Derecho[2].

[2] En todo caso, quiero volver a subrayar que la utilización de los términos legitimidad y justicia se hace sólo con la finalidad de diferenciar modelos de Estado de Derecho, y no con la intención de pronunciarse sobre la problemática a la que aluden dichos términos. Es decir, con

Aunque no pueda detenerme en todos los matices de la estipulación anterior, sí es esencial señalar que no se está pretendiendo separar los derechos participación de la idea de justicia. Más bien se trata de una diferenciación que tiene fines expositivos y que parte de la conexión de legitimidad con origen y procedimiento, y de justicia con resultados. Así, los derechos de participación tendrían que ver básica, y no únicamente, con los procedimientos, mientras los individuales y sociales, básica, y no únicamente, con los resultados. Por otro lado, la idea de participación no es el único criterio de legitimidad. En este sentido, me he referido a la idea de imparcialidad, si bien desde el presupuesto de los derechos, por lo que en realidad, este criterio desde nuestras perspectiva tiene que ver con la justicia y cobra sentido desde ella. Conviene advertir, además, que la idea de democracia no se agota en los derechos de participación. Por último, los significados de los derechos no tienen por qué agotar la idea de legitimidad y de justicia, incluso cuando se toma como referencia una relación concreta entre Poder y Derecho (cuando se adopta un punto de vista interno).

Volviendo a las concepciones sobre el Estado de Derecho, y con el objetivo de delimitarlas, es importante advertir cómo la distinción entre concepciones funcionales y finalistas del Derecho proyectada sobre el Estado de Derecho, unida a lo anterior, implica, a su vez, diferenciar entre dos tipos de utilización de este término, teniendo como refrencia su relación con la moral. En efecto, las concepciones funcionales manejarán un concepto de Estado de Derecho en el que en todo caso su conexión con la moral es aleatoria; por su parte, para las finalistas, esta conexión es cierta. La conexión aleatoria supone que puede existir una conexión entre Estado de Derecho y Moral pero sin que sea posible especificar los contenidos de moralidad; la conexión supone defender esa conexión identificando los contenidos de moralidad [3].

Ambas concepciones manejan una idea de lo moral que debe ser, aunque sea mínimamente y de forma simple, descrita. En efecto, tanto la conexión aleatoria como la cierta tienen en cuenta una idea de moralidad, que afecta de forma distinta a la construcción del Estado de Derecho, y que se traduce en lo que podríamos entender como marco moral. Pues bien, el llamado dinamismo de la libertad, que es utilizado por G. Peces-Barba en el

---

su utilización, ni se están abordando las cuestiones sobre la legitimidad del Poder y la justicia de Derecho, ni se están integrando las diferentes variables que acompañan a su uso.

[3] En el ámbito de la teoría del Derecho suelen emplearse otros términos para expresar estas relaciones. Así se habla de conexión necesaria y no de conexión cierta. Sin embargo, prefiero hablar de conexión cierta y aleatoria, ya que estos términos describen mejor la presencia siempre de contenidos morales en el Derecho, mientras que el término contingente enfrentado a necesario puede dar la impresión de que es posible hacer referencia a un Estado de Derecho que no incorpore contenido alguno de moralidad (sea éste el que sea).

ámbito de la fundamentación de los derechos, puede servir para describir este marco moral.

La construcción del profesor de la Universidad Carlos III de Madrid, se resume en la caracterización de los derechos como instrumentos que facilitan el logro de la libertad moral y que parten de la libertad psicológica como presupuesto de la idea de personal, del individuo como sujeto moral. Hablar del individuo como sujeto moral supone considerar a los hombres y mujeres como elementos esenciales del discurso moral, es decir, como sujetos racionales capaces de elaborar y proponer planes de vida y de llevarlos a la práctica. Esto implica entender que los individuos poseen fácticamente capacidad para elegir (libertad de elección) y que orientan su existencia hacia la consecución de determinados planes de vida (libertad moral).

La libertad psicológica constituye un dato empírico pero a su vez presupuesto de cualquier reflexión moral. Como escribe el profesor Peces-Barba, es aquella libertad «que nos permite escoger entre diversas posibilidades y que, junto con otros rasgos, como el lenguaje o la capacidad de abstraer y construir conceptos generales, nos distingue de los demás animales». Se trata, por tanto, de la capacidad de elección propia de la condición humana, que encuentra limitaciones sobre todo en lo que se refiere al medio cultural histórico en el que se desarrolla. Por su parte, la libertad moral es un momento utópico en la vida de los hombres, ya que es aquel en el que estos ven realizado su proyecto vital. No se trata de un momento cerrado. El proyecto vital del hombre no se cierra en el tiempo, sino que es en su historia donde se va perfilando.

Pues bien, los derechos se presentan así como contenido de la libertad social, que es una libertad instrumental para el logro de la libertad moral. En todo caso, como ha recalcado G. Peces-Barba, «la relación entre la libertad de elección, la libertad moral y la libertad social, política y jurídica…, no es una relación estática sino dinámica, es compleja y rica y está en permanente creatividad. No está determinada no está cerrada. Es obra del esfuerzo del hombre en la historia».

El marco moral, que tomaré como referencia, se identifica con esta construcción del dinamismo de la libertad. Se trata, en principio de un marco formal. En efecto, este dinamismo nada dice de elecciones posibles ni, por tanto, de derechos. Sin embargo, es importante advertir que la propia construcción, y su identificación con el marco de la moralidad, posee ciertos contenidos sustanciales que sirven para deslindar lo moral de lo inmoral e, incluso, de lo amoral.

En efecto, el dinamismo de la libertad parte de una determinada consideración del individuo de carácter mínimo, que se traduce en la idea de dignidad, sin la que difícilmente se puede hablar de cuestión moral. La idea de

dignidad humana puede entenderse en este sentido a través de la relación del concepto de individuo con la libertad de elección. Esta libertad de elección lleva aparejada una serie de condicionantes sin los cuales no es posible su desarrollo. Es necesario contar con una mínima satifacción de ciertas condiciones para que la capacidad pueda ser llevada a cabo, y que se constituyen en requisitos previos de toda discusión moral. La posibilidad de elegir exige el reconocimiento de la realidad de la persona y, por tanto, la posibilidad de su existencia, lo que implica la satisfacción real de ciertas necesidades básicas. En principio, podemos pensar que estos requisitos previos afectan exclusivamente a la posibilidad de subsistir, lo que se traduce en el reconocimiento de la integridad física.

La idea del individuo dotado de libertad de elección conlleva como requisito necesario, hacer posible que esta competencia pueda ser llevada a cabo materialmente. La integridad física es, pues, una dimensión objetiva del marco moral. Ahora bien, este carácter objetivo se traduce en una exigencia sustantiva delimitadora de lo moral: la imposibilidad de acabar o de transgredir esta capacidad. El discurso moral, descrito a través del dinamismo de la libertad, para a tener un componente sustantivo en el sentido de apartar de la discusión moral toda actuación dirigida a acabar con la vida humana, esto es, con la capacidad de elección[4].

Con ello, tenemos perfilado ya el marco moral presente en todo concepción finalista. Este marco implica la defensa de una idea de individuo como sujeto moral, lo que supone considerar a éste como ser dotado de capacidad de elección (libertad de elección) y con una vida orientada hacia el logro de planes de vida (libertad moral), únicamente limitados por el respeto a la integridad física del resto de los sujetos (por el respeto a la libertad de elección). Este marco, que identifica los límites de la ética de la modernidad, variará con los contenidos que se vayan asumiendo (en lo que aquí interesa en la forma de derechos).

Conviene, en todo caso, señalar que la presentación del marco moral llevada a cabo tiene como una de sus finalidades la de poder situar en él a los derechos y describir así su papel en las diferentes construcciones del Esta-

[4] Tal vez sea importante subrayar que este límite se refiere a la capacidad de elección y no a las posibles elecciones resultado de esa capacidad. Es decir, lo que limita es la actuación de otros dirigida a acabar con la capacidad de elección de un sujeto, pero no la elección concreta de un sujeto dirigida a acabar con su propia capacidad. Esto último forma parte ya de la discusión histórica sobre los contenidos y decisiones posibles en el camino hacia la libertad moral. En cualquier caso, el aspecto más problemático de este límite está constituido por la existencia de situaciones en las que puede pensarse que está justificado su abandono (por ejemplo, en lo que en el ámbito jurídico se denomina como estado de necesidad y en la legítima defensa). Evidentemente, el tratamiento de estos problemas excede el objeto del trabajo.

do de Derecho. No obstante, debemos ser conscientes de que pueden existir otras fórmulas que permitan también justificar la presencia de los derechos y que no tenga porqué identificarse con ese marco moral. Como ya señalé, la representación del marco moral llevada a cabo posee una serie de presupuestos que se traducen en una concepción básicamente liberal de la persona y que puede estar enfrentada a otros presupuestso que sirvan, no obstante, para configurar la moralidad y apoyar los derechos. No abordaré esta problemática.

Para simplificar algo la reflexión, traduciré la idea de dignidad que se maneja en el marco moral en la defensa de la autonomía individual. Las concepciones del Estado de Derecho que plantean una conexión cierta con la moral, integrarán como mínimo la defensa de la autonomía individual para, a partir de ahí, ampliar los rasgos definitorios de la fórmula mediante la incorporación de los diversos tipos de derechos. Dada la identificación entre concepciones finalistas y concepciones que manejan una conexión cierta con la moral, lo anterior vale para las concepciones finalistas.

Resulta significativo subrayar como la caracterización de las diferentes construcciones va a depender también del posicionamiento que en ella se mantenga respecto al problema de la determinación o indeterminación de las normas. Si observamos este problema desde la diferenciación entre posiciones que defienden la conexión cierta y las que defienden la conexión aleatoria, es posible avanzar que las primeras sólo se entienden desde la asunción del carácter determinado o, al menos, relativamente determinado, precisamente de los rasgos que componen esa conexión. En cambio, esto no es necesario en las posiciones que defienden la conexión aleatoria. Sin embargo, ambos tipos de planteamientos, al utilizar además una serie de rasgos normativos que definen el término Estado de Derecho y que son considerados como formales, también van a tener que aceptar una relativa determinación en lo que se refiere a esos rasgos.

En todo caso, del manejo de la perspectiva analítica se extraen seis modelos de Estado de Derecho.

1) «Estado de Derecho» hace referencia al Estado que actúa, mediante la separación funcional de poderes, a través de normas, principalmente generales, y que lo limitan al ser emitidas.
2) «Estado de Derecho» hace referencia al Estado que actúa, mediante la separación funcional de poderes, a través de normas, principalmente generales, y que lo limitan tanto por ser emitidas y conocidas como por formar un conjunto unitario y coherente.
3) «Estado de Derecho» hace referencia al Estado que actúa, mediante la separación funcional de poderes, a través de normas, principalmente generales, que protegen la *autonomía individual* y que lo li-

mitan tanto por ser emitidas y conocidas como por formar un conjunto unitario y coherente.

4) «Estado de Derecho» hace referencia al Estado que actúa, mediante una separación funcional de poderes, a través de normas, principalmente generales, *fruto de la participación de los ciudadanos*, y que lo limitan, tanto por ser emitidas y conocidas como por formar un conjunto unitario y coherente.
5) «Estado de Derecho» hace referencia al Estado que actúa meiante una separación funcional de poderes, a través de normas, principalmente generales, *consideradas justas* en su conjunto, y que lo limitan, tanto por ser emitidas y conocidas como por formar un conjunto unitario y coherente. Esta concepción varía dependiendo de los derechos que se identifiquen con la idea de justicia. Así, existirían tres variantes: 5.a) donde «consideradas justas», se sustituye por «que protegen derechos individuales»; 5.b) donde «consideradas justas», se sustituye por «que protegen derechos sociales»; 5.c) donde «consideradas justas» se sustituyen por «que protegen derechos individuales y sociales».
6) «Estado de Derecho» hace referencia al Estado que actúa, mediante una separación funcional de poderes, a través de normas, principalmente generales, fruto de la *participación de los ciudadanos* y *consideradas justas*, en su conjunto, y que lo limitan, tanto por ser emitidas y conocidas como por formar un conjunto unitario y coherente. Igual que en el caso anterior, existirían tres variantes: 6.a) donde «consideradas justas», se sustituye por «que protegen derechos individuales»; 6.b) donde «consideradas justas», se sustituye por «que protegen derechos sociales»; 6.c) donde «consideradas justas» se sustituye por «que protegen derechos individuales y sociales».

2. Perspectiva histórica

Analiza la expresión Estado de Derecho, acudiendo al significado que tiene en su primera formulación. Es posible examinar otras formas de concebir esta relación que han ido apareciendo en la historia. Básicamente esta evolución se ha caracterizado por la incorporación de nuevas exigencias al Derecho. La perspectiva histórica nos conduce necesariamente al abandono de las versiones 5.a), 5.b) y 6.b).

Modelos de Estado de Derecho

1. Modelo restringido de Estado de Derecho

Se trata de la versión 2). Es la posición de H. Kelsen.

2. Modelo estricto de Estado de Derecho

El modelo, versión 3), está reflejado en las concepciones de J. Raz, F. Laporta y F. A. Hayek, que varían, por otro lado, en aspectos sustanciales.

3. Modelos amplios de Estado de Derecho

Vienen representado por las versiones 4 (democrático) y 6.a) (liberal).

3.1. El modelo democrático

Es la concepción que sobre el Estado de Derecho mantiene Habermas en su libro *Facticidad y validez*.

3.2. El modelo liberal

Es la construcción de Eusebio Fernández.

4. Modelos amplísimos de Estado de Derecho

Se trata de las versiones 6.c) (modelo exigente) y 5.c) (modelo garantista).

4.1. El modelo exigente

Concepciones de Elías Díaz y Gregorio Peces-Barba.

4.2. El modelo garantista

Una formulación del Estado de Derecho susceptible de integrar en este modelo es la de L. Ferrajoli.

El uso de los modelos de Estado de Derecho

Diferencio cuatro usos posibles de la expresión Estado de Derecho, de los que me interesa especialmente el último: histórico, dogmático jurídico, de Ciencia Política y filosófico jurídico.

1. El Estado de Derecho desde la teoría del Derecho

Defiendo el modelo restringido de Estado de Derecho desde la Teoría del Derecho como concepción que me parece que es la encaja mejor con un planteamiento positivista del Derecho. Este modelo no está exento de problemas. El primero de ellos, deriva de la posible insuficiencia de sus rasgos, si atendemos al origen histórico de la expresión; el segundo, de la posible falta de entendimiento que puede aparecer con su manejo; el tercero, de la supuesta identificación de las nociones Poder político y Derecho; finalmente, el cuarto, surge desde las críticas vertidas por los defensores del llamado Estado Constitucional. Estas se centran, en primer lugar, en la idea de

que este modelo no es capaz de asumir el sentido normativo que poseen las normas constitucionales que contienen derechos; y en segundo lugar, muy unido a lo anterior, en la idea de que tampoco es capaz de describir cómo es la interpretación de dichas normas en el Derecho.

2. El Estado de Derecho desde la Teoría de la Justicia

El uso de la expresión Estado de Derecho en la Teoría de la Justicia, implica su puesta en conexión con los problemas que aquí hemos denominado como de legitimidad y de justicia, desde una perspectiva prescriptiva.

Existen razones para defender desde un punto de vista ético un modelo de relación entre Estado y Derecho como el caracterizado por la versión 4). Señalé como exponente de esta formulación el modelo democrático de J. Habermas.

Alberto Puppo

«LOS ROSTROS DE LA CIENCIA JURÍDICA ENTRE ACEPTACIÓN, DESCRIPCIÓN E *INSCRIPCIÓN* DEL DERECHO»

DOXA 22 (1999)

LOS ROSTROS DE LA CIENCIA JURÍDICA ENTRE ACEPTACIÓN, DESCRIPCIÓN E *INSCRIPCIÓN* DEL DERECHO

Alberto Puppo
Universidad de ParísX - Nanterre

0. Introducción

El problema que quiero afrontar no es nuevo [1]; se podría situar seguramente entre los problemas clásicos de la teoría del derecho. La novedad, si la hay, reside en el hecho de que algunos de los conceptos fundamentales que lo delimitan han recibido en los últimos años contribuciones dignas de consideración [2].

En efecto, trataré del papel de los estudiosos del derecho en la identificación de un ordenamiento jurídico y en la determinación de su contenido; el tratamiento de este tema presupone, por tanto, el problema de la existencia de los ordenamientos jurídicos e, indirectamente, del conocimiento jurídico [3].

Mi exposición se compone de cuatro partes.

En la primera parte trato de reconstruir el concepto de punto de vista interno y el concepto de aceptación; de aquí surgirá que el punto de vista interno se compone de dos elementos, uno cognitivo y otro volitivo, cada uno de los cuales mantiene una relación típica con la aceptación. Se distinguirá a continuación entre aceptación en sentido cognitivo, o reconocimiento, y aceptación en sentido volitivo, o aceptación en sentido fuerte; emergerá además un tercer tipo de aceptación, totalmente formal, consistente en la asunción de algunas normas como premisas en sentido lógico de un razo-

[1] Cfr., por ejemplo, M. Jori (1985), p. 122, quien, explícitamente, después de haberse referido a los tres tipos de discurso (interno, externo y externo moderado) elaborados por Hart, se plantea el problema de dónde deben situarse «los discursos con los cuales los juristas iuspositivistas (entre los cuales se encuentra también Hart) describen el derecho»; Jori, entre otros, manifiesta un cierto estupor ante el silencio hartiano sobre esta cuestión fundamental.

[2] Un solo ejemplo: C. Redondo (1996).

[3] Cfr. M. Jori (1985), p. 211, quien subraya que preguntarse acerca de la naturaleza de la descripción del derecho implica adentrarse en una «constelación de problemas, que van del problema de la naturaleza y existencia de la norma jurídica al de la validez, la interpretación, la eficacia, la definición (del concepto) de derecho, la norma fundamental y otros más.

namiento. La conclusión de esta primera parte es simplemente que no conviene introducir el concepto de aceptación para explicar el concepto de derecho sin especificar en qué sentido y en qué contexto se quiere utilizar tal concepto.

En la segunda parte, recorriendo las líneas fundamentales de la literatura analítico-positivista, reconstruyo las peculiaridades del punto de vista del jurista y del discurso que éste pronuncia. Es generalmente compartida, salvo por algunas diferencias terminológicas, la tesis de que el jurista reconoce, esto es, acepta cognitivamente, el objeto de sus descripciones, pero no se compromete en un plano moral o político con las normas descritas. En efecto, se admite la posibilidad de que el jurista describa el derecho por medio de enunciados externos o internos distanciados, sin aceptar en sentido pleno, esto es, desde un punto de vista externo moderado, o hermenéutico; una importante voz disonante, en la que se inscribe mi análisis, es la de Scarpelli, quien, por el contrario, no exime el discurso del jurista de la responsabilidad moral inherente a la aceptación en sentido fuerte del ordenamiento jurídico al cual pertenecen las normas descritas.

La tercera parte está dedicada a la distinción entre los diversos sujetos y objetos del discurso jurídico. Así, la adopción de un punto de vista interno se puede presentar bajo diversas formas. Desde la doctrina en sentido estricto hasta la filosofía del derecho, y desde la teoría de la norma hasta la teoría del derecho, el proceso *conocimiento-aceptación-descripción* es activado continuamente, y no se debe por tanto decretar de una vez por todas si un jurista, no mejor cualificado, adopta un punto de vista interno y acepta (en uno de los sentidos precisados) una de las entidades que constituyen el objeto de su discurso [4].

En la última parte sostengo una tesis sobre el papel del jurista en la identificación del derecho. Utilizando la imagen del universo jurídico (no sólo,

[4] Todavía quedarían en mi opinión dos cuestiones que afrontar: es necesario preguntarse si se puede aceptar sin conocer y si el acto de conocer no implica en realidad un elemento intencional que podría volver superfluo el componente volitivo del cual se ha hablado. A la primera cuestión (que no es muy interesante desde el punto de vista de la ciencia jurídica, de cuyo conocimiento no sería sensato dudar), R. Shiner (1992), pp. 174 ss., parece responder positivamente cuando dice que el hecho de que algunos sujetos se comporten conforme a la norma de modo irreflexivo, como borregos, es compatible con el punto de vista interno. Me parece, por otro lado, que también para Shiner el conocimiento es presupuesto; aquello que se pone en crisis no es la relación de dependencia entre aceptación y conocimiento, sino el concepto de conocimiento. Todo esto depende en gran medida del enfoque aristotélico del análisis de Shiner y no suscita por el momento un interés particular; podría decirse, por utilizar el vocabulario elegido para mi análisis, que siguiendo a Shiner me colocaría fuera de la perspectiva en la que intento profundizar. Para dar cuenta de las otras elaboraciones del concepto de aceptación necesariamente debo aceptar algunos presupuestos teóricos, enumerados al principio de este trabajo, que legitiman dicho análisis.

por tanto, del ordenamiento jurídico) como estructurado jerárquicamente y la teoría de los niveles del discurso, sostendré que todo acto aparentemente descriptivo implica, de un lado, aceptación de las reglas superiores que hacen posible, es decir, inteligible, el discurso «descriptivo»; de otro, la creación, la inscripción, en el universo jurídico de las reglas que a un nivel inferior fueron aceptadas e hicieron posible la creación de otras reglas. El hecho de que en un cierto nivel se interrumpa el recorrido que conduce al descubrimiento de los fundamentos no constituye una necesidad lógica, sino más bien una exigencia pragmática. El derecho es lenguaje pero, en primer lugar, es un instrumento para influir en los comportamientos. Si bien el lenguaje puede ser usado para influir en los comportamientos, sólo un salto hacia la acción (salir del lenguaje) interrumpe la espiral que conduce el derecho a la moral y la teoría del derecho a la filosofía moral. Un corolario de esta tesis es que si se rechaza la idea de que todo el derecho ha sido creado por los juristas (sin olvidar que el juez, en la medida en que interpreta, es jurista), entonces es necesario revisar seriamente las teorías que reducen el derecho a la expresión de la voluntad del soberano o, en general, a las órdenes (como las del bandido), así como aquellas, como las realistas, que reducen el derecho al resultado de la actividad decisoria de los funcionarios.

En breve, la cuestión que me propongo, y que recorre las cuatro partes de mi trabajo, es la siguiente: ¿qué puntos de vista puede adoptar el jurista positivista cuando describe el derecho?

Quizá convenga aclarar el sentido de esta pregunta.

La pregunta podría formularse de manera distinta. Derivando hacia un estudio sociológico, podría haberme preguntado qué puntos de vista adoptan *de hecho* los juristas. Sin embargo, esta investigación estaría abocada al fracaso, porque la noción de punto de vista resulta muy imprecisa. Considero imprecisa la noción de punto de vista tan sólo a los fines de un análisis empírico. En la actividad que consiste en adoptar un punto de vista entran en juego muchos elementos de naturaleza psicológica; si no se acepta la reducción de la adopción de un punto de vista interno a la enunciación de enunciados internos, y si se problematiza la cualidad que hace que un enunciado sea «interno», la efectiva adopción de un punto de vista queda como algo de difícil, si no imposible, relevancia empírica.

También habría podido, situándome en un punto de vista normativo, preguntarme qué puntos de vista *deberían* adoptar los juristas; este enfoque, sin embargo, es ajeno a mis intenciones.

Mi pregunta puede ser reducida a una investigación acerca de la coherencia entre algunas tesis teóricas generalmente aceptadas en el ámbito positivista: si se acepta un planteamiento analítico y una concepción del derecho en algún sentido positivista, si se acepta la distinción entre lenguaje

descriptivo y lenguaje prescriptivo, si se acepta la distinción entre punto de vista interno y punto de vista externo en alguna de las posibles versiones que se han propuesto a partir de Hart y, en definitiva, si se toma como referencia la actividad del jurista en un estado constitucional, ¿qué punto de vista se puede atribuir al jurista que describe el derecho sin renunciar a alguno de estos postulados? En otros términos, me pregunto si existe una tesis sobre la descripción del derecho que hace el jurista que sea compatible con las tesis teóricas antes enunciadas.

Por tanto, se podría catalogar mi análisis, a condición de aceptar determinadas categorías, con los términos de *metateoría* o *metametodología* del derecho.

Las cuestiones conexas son las siguientes: ¿existe un sólo tipo de juristas o es necesario distinguir entre varias clases de estudiosos del derecho? ¿Qué relación existe entre la adopción de un punto de vista interno respecto a la norma jurídica, el sistema jurídico o el ordenamiento jurídico y la aceptación de tales entidades? Esto equivale a preguntarse qué significa adoptar un punto de vista interno y, sobre todo, qué significa adoptar un punto de vista interno respecto del derecho; y, además, de acuerdo con la definición corriente de punto de vista interno, cuál es la naturaleza del acto de aceptación. En definitiva: ¿en qué sentido se acepta la regla de reconocimiento?

Resulta evidente que estas importantes cuestiones no pueden ser abordadas exhaustivamente; trataré cada una de ellas en la medida en que sea necesario para la elaboración de mi tesis.

En particular, sostendré que –desde el punto de vista de una teoría del derecho positivista que se quiera liberar de formas ingenuas de imperativismo y que considere al derecho como lenguaje– la ciencia jurídica, en el cumplimiento de la actividad que comúnmente es definida como *descripción del derecho*, crea en sentido fuerte el derecho, esto es, crea las reglas de identificación y las reglas de interpretación a través de las cuales se llega al conocimiento del contenido del derecho.

El trabajo de la ciencia jurídica consiste fundamentalmente en proporcionar la *gramática* y el vocabulario del derecho. En este sentido, sostengo que la ciencia jurídica, más que describir (el sociólogo del derecho describe) o prescribir (el legislador prescribe), se dedica a *escribir* el derecho [5].

[5] Como sostiene M. Barberis (1990), p. 301: «los conceptos y las instituciones fundamentales, antes de ser recibidos por el legislador y/o por el juez, son a menudo construcciones doctrinales» y «para saber cuál es el derecho vigente es necesario frecuentemente recurrir al auxilio de la doctrina»; cfr. también G. Tarello (1980), p. 32, según el cual «la sistemática de los intérpretes es una ulterior fuente extralegislativa del derecho».

Como ya he precisado, mi propósito no es normativo; me parece por tanto perfectamente aceptable que se sostenga una teoría de tipo hobbesiano o austiniano o realista radical; lo que sostengo es que, si por cualquier motivo se rechaza una solución radical, o banal, o no suficientemente atenta a la realidad social de los ordenamientos jurídicos complejos propios del mundo contemporáneo, o moralmente comprometida, etc., esto es, si nos movemos sobre la estela de Hart y del filón de la hermenéutica analítica en una perspectiva que problematiza la relación entre voluntad del legislador, normatividad de trozos de papel y discrecionalidad, al menos parcial, de la actividad interpretativa, entonces mi tesis es correcta.

1. Punto de vista interno y aceptación (describiendo, con distanciamiento, el punto de vista de Hart)

El punto de vista interno ha sido definido por Hart como aquel que adoptan quienes aceptan y usan las normas como guía de comportamiento: «it is possible to be concerned with the rules [...] as a member of the group which accepts and uses them as guides of conduct» [6].

Para MacCormik el punto de vista interno se compone de dos elementos, uno cognitivo y otro volitivo. El elemento cognitivo consiste en la capacidad de concebir un modelo de conducta; el elemento volitivo consiste en la preferencia, en el empeño de la voluntad a favor del comportamiento que constituye una realización de un cierto modelo de conducta [7].

---

[6] Cfr. H.L.A. Hart (1961), p. 86. No se puede ignorar, y debe tenerse siempre presente, que todo, o al menos la mayor parte, de lo que Hart y la mayoría de sus comentaristas anglosajones han escrito para definir el punto de vista interno está referido a los destinatarios de las normas o a los funcionarios (que también son destinatarios). Para una bibliografía, no limitada al mundo anglosajón, de los primeros comentarios a la obra de Hart, cfr. A. Catania (1987), p. 18, nota 1; para algunas de las obras monográficas más recientes, cfr. M. Martin (1987), R. Moles (1987).

[7] Cfr. H.L.A. Hart (1961), pp. 87-88; N. MacCormik (1978), 275-292, y N. MacCormik (1982), par. 2, donde se subraya que tales preferencias normalmente estarán fundadas sobre valores; cfr. también J.C. Bayón (1991), para quien en la definición hartiana de punto de vista interno «se presentan como si fuesen inescindibles la *comprensión* de fenómenos sociales en términos de seguimiento de reglas [...] y la aceptación de esas mismas reglas». Siempre desde una perspectiva hermenéutica, y en línea con el análisis de MacCormik, el concepto de punto de vista interno, y en particular la expresión «actitud crítica reflexiva» que, siguiendo a Hart, lo define, está compuesto, según V. Villa (1993), p. 268, de dos elementos: «el primero [...] de carácter *cognitivo* ("reflexivo"), que implica para los miembros del grupo la capacidad de *rendir cuentas* del modelo de comportamiento previsto en la norma (en alguna de sus interpretaciones "standard"), y, por tanto, de saber cuándo su conducta se adecua o no al modelo mismo [...] el segundo es un elemento que pertenece a la *esfera de la voluntad* ("crítico") y concierne al *deseo* o la *preferencia* [...] de que su comportamiento sea acorde con el modelo previsto». Por lo que respecta al componente constituido por la preferencia es interesante recordar que para MacCormick (1981), p. 36, el acto de no aceptación, el rechazo de una norma, no implica la ausencia de una preferencia positiva a favor de la conformidad al modelo de conducta,

Por otra parte, estos dos componentes pueden estar separados. Para comprender el fenómeno jurídico es necesario adoptar una posición cognitivamente interna [8], que no implica todavía la voluntad de someterse a la norma a la cual se hace referencia. En un sentido similar, Navarro y Redondo han sostenido que la aceptación de una norma presupone que el sujeto conozca el contenido normativo y que tenga una actitud positiva hacia ella. La aceptación proporciona una razón para el sujeto que elige conformarse al precepto; incluso una vez que se ha subrayado que la expresión «aceptación de una norma» es ambigua y «oculta diferencias relevantes entre las actitudes de los sujetos y los objetos a los que se dirige» [9]. Digna de interés es la definición del elemento volitivo en términos de una simple «actitud positiva». Esta noción queda aclarada en la serie de análisis de los autores [10]: La aceptación puede manifestarse, por ejemplo, en admitir como justificada la crítica correspondiente a la desviación respecto del modelo prescrito en la norma, o bien, simplemente, en el uso del lenguaje normativo para valorar un modelo de comportamiento; por lo que se refiere al objeto de la aceptación, resulta interesante la hipótesis de que los sujetos se limitan a reconocer que en ciertos contextos deben guiar su propia conducta de acuerdo con normas jurídicas; cuando esto es así, al prescindir del contenido de la norma se acepta el hecho de que en determinadas circunstancias la reglamentación jurídica es necesaria, se acepta «la existencia institucional de las normas» [11].

---

sino más bien «an active preference for non-conformity». Por ello, el rechazo también presupondría la adopción del punto de vista interno. En el mismo sentido, P. M. Hacker (1966), p. 177: «El rechazo de las reglas presupone el conocimiento de su existencia». Y además también aquellos que rechazan utilizan el discurso interno, «tienen necesidad de lenguaje normativo del "deber" para justificar sus predicciones desde el punto de vista externo [...]».

[8] R. Guastini (1977a), pp. 432-433, distingue entre el punto de vista interno respecto de una definición (en nuestro caso, del modelo de conducta), cognitivamente interno, y el punto de vista interno respecto de una norma (en nuestro caso, que califica deónticamente un modelo de conducta), normativamente interno.

[9] Cfr. P. Navarro - C. Redondo (1991), p. 230. Suscita inmediatamente un vivo interés una circunstancia que ilustra bien la dificultad del problema: MacCormik, Villa, Navarro y Redondo predican más o menos la misma cualidad de tres objetos diversos, al menos nominalmente: Navarro y Redondo hablan de aceptación, MacCormik de punto de vista interno, Villa de actitud crítica reflexiva. Parecería por ello, aunque en realidad no es así, que hay coincidencia entre los sujetos que adoptan un punto de vista interno, que asumen una actitud crítica y que aceptan.

[10] Cfr. P.Navarro - C. Redondo (1991).

[11] Cfr. P. Navarro - C. Redondo (1991), pp. 230-231. En el mismo sentido, R. Guastini (1997a), pp. 417 ss., que, criticando las tesis de Scarpelli (sobre las cuales, véase *infra*) distingue entre aceptación en sentido fuerte y aceptación en sentido débil o «reconocimiento»: «el mero reconocimiento tiene como objeto las (otras) normas del ordenamiento, previa aceptación del principio fundamental».

Es necesario preguntarse ahora qué relación existe entre los dos componentes del punto de vista interno. Parece generalmente aceptada la tesis según la cual el componente cognitivo y el volitivo no están en el mismo nivel: el segundo presupone al primero, el conocimiento es presupuesto de la aceptación [12].

Esto sugiere la siguiente hipótesis: el punto de vista interno debe ser definido *únicamente* en términos epistemológicos, en términos de conocimiento; como ha sostenido Sartorius [13] en contra de MacCormik, el elemento volitivo no es constitutivo del punto de vista interno, sino, eventualmente, añado yo, de la aceptación [14].

Por tanto, se trataría de separar decididamente el concepto de aceptación del de punto de vista interno: el punto de vista interno tendría una naturaleza puramente cognitiva, constituiría así una experiencia intelectual absolutamente compatible con cualquier actitud de la voluntad. En este caso, todos los sujetos dotados de un mínimo de información podrían adoptar un punto de vista interno; únicamente el aprendizaje de un lenguaje, el lenguaje de los aceptantes, sería condición necesaria de la adopción de un punto de vista interno.

La aceptación consistiría, por el contrario, en una actitud de la voluntad: la voluntad, como se ha sugerido, de conservar un cierto estado de cosas [15]. Aceptar una regla, actuando conforme a ella, contribuiría a su superviven-

---

[12] En este sentido R. Guastini (1997a), p. 431, sostiene que «aceptación y rechazo presuponen conocimiento de aquello que se acepta o refuta».

[13] Cfr. R. Sartorius (1987), p. 51.

[14] Cfr. V. Villa (1993), p. 268, sostiene que el conocimiento (que él llama de *sentido común*) del sentido de la norma «es (en ciertas condiciones) un *presupuesto necesario de la aceptación de la norma*, aceptación que es, a su vez, un *presupuesto necesario para la existencia social de la regla misma*», cfr. también p. 220, donde claramente se lee que «para aceptar es necesario conocer lo que se acepta». Se imponen dos observaciones: En primer lugar, es necesario evidenciar el hecho de que la categoría de los juristas tiene por definición un conocimiento que no es de sentido común, sino técnico, cualificado; V. Villa (1993), p. 338, añade de hecho que «se puede muy bien conocer la norma sin aceptarla en sentido pleno (como hacen los juristas y los teóricos del derecho) [...]». En segundo lugar, Hart, en la definición de punto de vista interno, hace referencia explícita a la aceptación y al uso de normas. Cfr. H.L.A. Hart (1961), p. 86, y M. Jori (1985), p. 131; V. Villa (1993), p. 338, define el uso social de la norma como «el conjunto de operaciones colectivas con las que una parte cualificada de miembros de una comunidad jurídica conoce, por medio de la interpretación, el contenido de la norma, la acepta como guía de la conducta, la aplica en todas las circunstancias de la vida cotidiana [...]». Cfr. también P.M.S. Hacker (1977), p. 16, según el cual la noción de usar una regla no es clara: «We might claim that rules are used when circumstances are recognized as operative facts for performance of a norm-act. But this too will not, in itself, distinguish acceptance from rejection».

[15] Cfr. N. Bobbio (1966).

cia y a la globalidad del ordenamiento del que forma parte; aceptar la regla de reconocimiento, como ha sostenido Scarpelli, implicaría comprometerse en el plano valorativo con el sistema político existente.

Nos encontraríamos entonces con dos puntos de vista distintos, ambos internos, de los cuales sólamente uno presupondría la aceptación.

El problema, en efecto, es sobre todo terminológico; todo depende de la definición de derecho y de aceptación que se adopte. Se puede definir la aceptación de forma que sea compatible con una actitud no comprometida en el plano valorativo; se puede definir de modo que resulte independiente de la conformidad a la regla [16]; se puede adoptar la definición de Hart y tratar de hacerla compatible con las tesis teóricas fundamentales del positivismo; o bien se puede hacer como si el concepto de aceptación nunca hubiese sido introducido en la teoría del derecho y continuar usando un concepto austiniano, el de la obediencia habitual, que, aunque es menos sofisticado que el modelo hartiano de la aceptación, quizá tenga una mayor capacidad explicativa. Podríamos decir: explica menos, pero explica mejor.

Entre las propuestas de redefinición del concepto de aceptación me parece interesante la propuesta por Jori, que reduce la aceptación de normas «meramente descritas desde un punto de vista interno, a un acto intelectual de toma en consideración, que no implica la adopción de la norma como guía del propio comportamiento, sino sólo como criterio de juicio, en un sentido meramente intelectual, de tal comportamiento, en base a las normas jurídicas consideradas» [17].

Tal definición parece traducir lo que Navarro y Redondo han llamado «actitud positiva» hacia la norma. Nada más, por tanto, que una toma en consideración. Una aceptación similar podría llamarse aceptación formal aunque no se corresponda con lo que desde Redondo [18] se ha definido como

[16] Sobre el hecho de que la aceptación no se reduce a la conformidad existe además acuerdo. Cfr. F. Ost, M. van de Kerchove (1987), P.M. Hacker (1966), N. Bobbio (1966). Según F. Ost, M. van Kerchove (1987), la aceptación de una regla, de la cual el jurista debería *apoderarse*, se situaría en el nivel de las «representaciones» que han acompañado (precedido o seguido) al comportamiento del individuo. Hablando de representaciones se incurre obviamente en el peligro de ser acusado de psicologismo; estos autores, p. 33, responden anticipadamente a esta crítica recordando que por «representaciones» se entiende «l'echo produit, au plan individuel, par un ensemble de discours et de pratiques au sein duquel l'acteur du jeu social est imergé». R. Shiner (1992), habla de «mental accompaniements». Sobre el riesgo de exigir al jurista exageradas cualidades introspectivas, cfr. A. Catania (1987), p. 24-25.

[17] Cfr. M. Jori (1985), 132.

[18] Cfr. Redondo (1996), pp. 189-190, que llama «la regla lógica que permite introducir un contenido como premisa de un argumento: regla de suposición». Tal aceptación se conoce en cierta literatura, cfr. entre otros, J. Cohen (1992), como *assumption*. El término *assumption* puede ser traducido al italiano como «presupposizione» (de sonido exquisitamente jurídico), «assunzione».

aceptación en sentido formal: el acto consistente en adoptar una norma como premisa de un argumento en sentido lógico [19]; este acto sería distinto del que consiste en adoptar una norma como razón para actuar.

Por tanto, se pueden sostener tres conceptos de aceptación: aceptación en sentido normativo; aceptación como reconocimiento intelectual, en sentido cognitivo; y aceptación como selección de premisas de un razonamiento, en sentido lógico.

Parecería oportuno dar nombres distintos a cosas fundamentalmente distintas. Se podría hacer fácilmente: aceptación, reconocimiento y asunción. Pero en lugar de esto prefiero subrayar que la naturaleza del acto de aceptación permanece en última instancia invariable; lo que cambia es su función en el ámbito del discurso en el que participa el aceptante. Aceptar, referido a reglas, puede entenderse como el acto de adoptar el modelo de conducta, en el sentido de *regular* la propia conducta sobre la base del modelo (¿*seguir* una regla?); o bien, en contextos teóricos, puede significar, más modestamente, admitir que un cierto modelo de conducta forma parte de lo calificado deónticamente por una norma o, mejor, por una formulación normativa (¿*interpretación*?); y también podría significar tomar la norma como una razón para actuar, junto con otras normas ya aceptadas, pero sin conformarse necesariamente a ella (¿*retórica*?). No creo que sea útil buscar una clasificación definitiva de los actos de aceptación. Lo necesario, y suficiente, es no ignorar la complejidad de las situaciones que, a veces apresuradamente, se explican en términos de aceptación.

2. Puntos de vista y discursos del jurista

De acuerdo con una interpretación [20] de su pensamiento, para Hart el jurista no se situaría ni en una perspectiva completamente interna ni en una completamente externa. Hart [21], quizá para dar cuenta al menos en parte de la figura del jurista, adoptando tal interpretación, ha sugerido la existencia de una tercera posición que ha sido definida como punto de vista externo

---

[19] Este sentido de aceptación puede ser criticado, no en sí mismo, sino como interpretación imposible del pensamiento de Hart. Cfr. A. catania (1987), p. 25, *nota*, quien, basándose en la clara contraposición presente en la obra de Hart (p. 88) entre «el punto de vista de aquellos que aceptan las normas y el punto de vista de aquellos que las rechazan» excluye que la aceptación pueda ser entendida en sentido formal. El mismo Hart, cfr. H.L.A. Hart (1983), p. 167, además, ha atenuado la relación entre aceptación de la regla de reconocimiento y enunciados internos, dado que ha sostenido que –como ha hecho notar J.C. Bayón (1991), pp 25-26– con los enunciados internos sobre la validez de una norma jurídica «se manifiesta *normalmente* la aceptación por parte de quien habla de la regla de reconocimiento del sistema».

[20] Cfr. N. MacCormick (1981), pp. 34-40.

[21] Cfr. H. L. A. Hart (1983), p. 14; en efecto, como recuerda M. Barberis (1990), p. 297, Hart parece haberse limitado a ratificar la corrección propuesta por MacCormick.

moderado o no extremo. Esta sería la posición del observador que suspende su propia adhesión a los fenómenos normativos que observa y, aun así, no deja de dar cuenta del modo en que los actores de la escena jurídica consideran las normas desde un punto de vista interno.

Algunos autores, y pienso sobre todo en MacCormick, han retomado esta categoría hartiana refiriéndose al punto de vista externo moderado como *punto de vista hermenéutico* [22].

Este punto de vista, en opinión de MacCormick, requiere, por un lado, el total acuerdo con el elemento cognitivo del punto de vista interno y, por otro lado, la plena percepción y comprensión del elemento volitivo, aunque no acompañadas del acuerdo, esto es, no acompañadas de una preferencia por el modelo de conducta por lo demás percibido en su autenticidad [23].

La relación entre el punto de vista interno y el punto de vista hermenéutico es estrecha. El segundo presupone el primero; el segundo puede ser adoptado sólo si el primero es como mínimo tomado como hipótesis o postulado.

---

[22] Cfr. N. MacCormick (1981), pp. 34-40, en particular p. 37, donde define el punto de vista externo moderado, es decir, el punto de vista hermenéutico: «To be an "outsider" in this sense is neither necessarily to be a member nor necessarily to be a non-member of the group governed by those legal rules [...]. It is simply to hold apart questions of one's own commitments, critical morality, group membership or non-membership, in order to attend strictly to the task of the descriptive legal or social theorist [...]»; y p. 39, donde pone de manifiesto la función de la aproximación hermenéutica en la explicación e interpretación de tradiciones y textos religiosos. Cfr. también N. MacCormick (1982), par. 3, y P.M. Hacker (1977), pp. 17-18, quien atribuye a Hart el mérito de haber sido el primer positivista que ha adoptado un método hermenéutico que permite comprender el significado de las conexiones normativas: «[...] a description of the behaviour governed by the rule which will render the behaviour intelligible must involve reference to the normative situation as apprehended by the agents and members of the group».

[23] N. MacCormick (1981), p. 39: «(a) full sharing in the cognitive element of internal point of view [...] and (b) full appreciation of, but no cecessary sharing in, the volitional element, the will or preference for conformity to the pattern as a standard». Esta aparente solución desplaza en efecto el problema. Consideremos el ejemplo de un teórico que emite un enunciado en términos de legitimidad constitucional; está claro que sabe qué es una norma inconstitucional, porque ya ha emitido millares de enunciados de ese tipo y ha observado millares de veces situaciones en los cuales los problemas de constitucionalidad eran solventados y resueltos. Podemos decir que su enunciado es comprensible, que puede ser legítimamente pronunciado. Pero –y aquí se encuentra el verdadero problema– ¿en qué elementos podemos basarnos para sostener que tal enunciado describe una situación existente, una realidad jurídica? En efecto, esta observación está en la base de la crítica que sostiene la imposibilidad de un punto de vista hermenéutico que capte el sentido que tienen para los agentes los hechos jurídicos, caracterizando el universo jurídico de una comunidad. Así, si dos teóricos del derecho, pertenecientes a la misma comunidad jurídica estatal y a la misma corriente filosófica, emitieran dos enunciados contradictorios en términos de legitimidad constitucional tendríamos necesariamente que desacreditar la verdad de uno de los dos; el problema es: ¿con qué criterio? Dejo por ahora abierta la cuestión; os responderé implícitamente en seguida.

El propio MacCormick [24] ha sostenido que el teórico del derecho puede profundizar en algunos fenómenos sociales, comprenderlos, sin por ello verse comprometido. Es más fácil estar de acuerdo con esta afirmación cuanto más vago se mantiene el significado de comprender y verse comprometido[25]. MacCormick habla de la humanidad del teórico; pues bien, el hecho de que el teórico sea un ser humano, el hecho de que sea capaz de comprometerse moralmente, de tener una ideología, de reconocer autoridad, le permite saber cuándo un sujeto reconoce cierta autoridad, acepta una norma, etc. El teórico es por tanto externo respecto de la práctica de los aceptantes, respecto de los miembros de una comunidad jurídica particular, pero es interno en al menos dos comunidades, y por ello se sitúa en una perspectiva interna en al menos dos sentidos: en el sentido de que, en cuanto ser humano, pertenece a una comunidad jurídica y, en cuanto teórico, pertenece a una comunidad científica, lo que requiere un cierto bagaje de conocimientos y un cierto vocabulario [26].

Se ha sostenido, en contraste con la tesis que he atribuido a MacCormick, que el jurista «institucional», la doctrina en sentido estricto, no pue-

---

[24] Cfr. N. MacCormick (1982), par. 3.

[25] Merece tratarse con profundidad la posición de MacCormick -que, continuando en el ámbito de la teoría hartiana, parece muy interesante y discutible- según la cual el teórico del derecho debería ser un practicante de la hermenéutica; debería ocuparse del estudio y la interpretación de los hechos tal y como son vistos y percibidos por los agentes; de esta manera, el teórico llegaría a reconstruir la relación entre el comportamiento consistente en observar una norma y las actitudes que los observantes asumen sobre la base de los valores a los que se adhieren. La posición de MacCormick parece plausible, pero la corrección a la teoría hartiana que propone ha sido criticada. Jori, en efecto, ha sostenido que, respecto a la solución encontrada, MacCormick acierta en parte, pero se equivoca en otra. Según Jori, la solución de MacCormick, aparentemente simple y coherente, es sin embargo simplista, porque no tiene en cuenta el hecho de que en realidad los discursos de los juristas se asemejan a los «discursos que constituyen uso de las normas jurídicas», al discurso interno hartiano de quien acepta el derecho. Los errores de Hart serían así más fértiles que la aparente solución de MacCormick, quien, simplemente, desconoce la peculiaridad de la actividad de la ciencia jurídica y del método jurídico. Cfr. M. Jori (1985), pp. 223-224, 227-228 y 232, donde Jori señala que, sin embargo, la corrección de MacCormick salvaría a la teoría de Hart de la crítica de Scarpelli (cfr. U. Scarpelli (1965) y (1982)).

[26] Obviamente, la afirmación según la cual el teórico pertenece a una comunidad científica, como recuerdan F. Ost y M. van Kerchove (1993), ensayando la posibilidad de aplicar el concepto kuhniano de paradigma a la ciencia jurídica, es cualquier cosa menos problemática. Por el contrario, Aulis Aarnio (1987), cap. 3, quizá ayudado por la familiaridad con el universo de la ciencia jurídica finlandesa (sobre la influencia de la cultura jurídica escandinava en el optimismo de Aarnio, cfr. P. Comanducci (1994)), aplica sin problemas a la dogmática jurídica el concepto kuhniano de *matriz*. Sin referencia a Kuhn, M. Jori (1985), pp. 135-136, interpretando lo que Hart llama «general framework of legal thought» en el prefacio de *The Concept of Law*, se refiere a «normas sobre el 'funcionamiento' del pensamiento jurídico (en particular el de los juristas) [...], normas metodológicas y lingüísticas [...]». También N. MacCormick (1982), par. 3, subraya que el teórico es externo a cualquier práctica, excepto a la de hacer teoría, que como las otras está gobernada por reglas.

de más que pronunciar enunciados internos comprometidos. Como es sabido, esta es la tesis de Scarpelli, según la cual la ciencia jurídica positivista no se limita a «describir la actitud consistente en asumir la norma como guía del comportamiento y criterio para juzgar», sino que la expresa y la ejercita mediante «un discurso orientado al conocimiento de las normas y a la cualificación de los comportamientos según sus relaciones con las normas» [27].

Si se plantea el problema de la naturaleza de los enunciados con los que los juristas describen el derecho, la atención se desplaza de la distinción entre puntos de vista a la distinción entre diferentes tipos de discurso [28].

Hart ha distinguido entre *internal* y *external statements* [29]; MacCormick adopta la expresión *normative statements*; estos últimos, que se corresponden con los enunciados internos [30] de Hart, pueden ser emitidos desde un punto de vista interno o desde un punto de vista hermenéutico [31]. Esto implica que los enunciados con los cuales los juristas describen el derecho tienen la misma forma que los enunciados de los aceptantes [32].

No plantean problemas y pueden ser dejados de lado los enunciados emitidos desde el punto de vista interno moderado por una sociología jurídica adecuada que no incurra en ningún reduccionismo [33].

---

[27] U. Scarpelli (1965), pp. 66-67. Para una reciente y puntual reconstrucción crítica del pensamiento de Scarpelli sobre este punto, cfr. R. Guastini (1997a).

[28] Cfr. G. Tarello (1974), par. 2, según el cual se puede distinguir entre los discursos asertivos y los prescriptivos de acuerdo con tres criterios: la forma gramatical o estilo, el significado, la función particular o «fuerza»; esto es equivalente a distinguir el nivel de los enunciados, de las proposiciones y de las enunciaciones.

[29] Cfr. H. L. A. Hart (1961), p. 99, donde los enunciados internos son caracterizados como aquellos que manifiestan el punto de vista interno y son usados naturalmente por aquellos que, aceptando la regla de reconocimiento, la aplican, reconociendo las normas singulares del sistema como válidas.

[30] Para ser completos, es necesario decir que «statement» ha sido traducido como «asserzione» o como «affermazione».

[31] N. MacCormick (1981), p. 39: «Any such normative statement may be made *either* from the internal point of view or from the hermeneutic point of view, and the mere act of making such a statement is entirely ambiguous in its presuppositions as between the two».

[32] No se entiende por qué MacCormick no ha sostenido que desde el punto de vista hermenéutico se emiten enunciados «interpretativos» o algo de este tipo. Cfr. M. Barberis (1990), p. 298: «tanto si se encuentra ante una regla no formulada [...] como si se encuentra ante una regla formulada [...] la doctrina no *describirá* plenamente, en sentido propio, sino que más bien *interpretará*».

[33] Estos enunciados serían emitidos aparentemente desde el mismo punto de vista hermenéutico, pero, como ha sido brillantemente subrayado (cfr. J.C. Bayón (1991), p. 27-28), no versarían sobre el mismo objeto: el jurista hermenéutico da cuenta del derecho, emite enunciados en un lenguaje normativo, aclara el sentido –dentro de los límites en los cuales se le concede acceso a dicho sentido– de la realidad jurídica; mientras que el jurista sociólogo se plantea los hechos, siempre conectados con la realidad del derecho, pero pertenecientes a la reali-

Como ya se ha señalado, Hart también ha corregido su posición acerca de los tipos de discurso: dos tipos de enunciados, comprometidos (*committed*) y distanciados (*detached*), pueden expresar la adopción de un punto de vista interno [34]. Los primeros son emitidos por quienes aceptan las normas, y los segundos son emitidos por quienes hablan como si hubiesen aceptado las normas, pero en realidad no tienen ningún compromiso a favor de esas mismas normas.

Los enunciados internos distanciados se parecen mucho a aquellos condicionales que, siguiendo un ejemplo de Alchourrón y Bulygin [35], afirman que algo *sería* debido (o estaría permitido) si la norma fundamental *fuese* válida o, en otros términos, si se aceptara la obligatoriedad del principio fundamental. No hablo de regla de reconocimiento porque, en la medida en que no se considera una genuina norma de conducta, y ni siquiera una norma de conducta no genuina, no tiene sentido hablar de su obligatoriedad.

Según algunos [36], estos enunciados normativos no comprometidos, aunque no dejen de ser normativos, podrían ser verdaderos o falsos; para explicar esta aparente contradicción se puede entender «normativo» en el sentido formal de «formulado en el lenguaje normativo» [37].

La distinción entre comprometido y distanciado parece así justificada por la exigencia de hacer compatibles la adopción del punto de vista inter-

---

dad social en su complejidad; sus enunciados serán verdaderos o falsos. Como señala U. Scarpelli (1965), p. 55, «la sociología como ciencia empírica [...] tiene como acto constitutivo la adopción del punto de vista externo», y su discurso descriptivo, lejos de reducirse al del antropólogo, incluirá «la descripción de las actitudes de los miembros del grupo hacia las normas y la referencia a los conceptos que expresan tales actitudes».

[34] Cfr. H. L. A. Hart (1983), p. 14 y H. L. A. Hart (1982), pp. 153-155.

[35] C.E. Alchourrón - E. Bulygin (1981).

[36] Para un cuidadoso análisis de esta posición raziana, aparentemente contradictoria, cfr. C.E. Alchourrón - E. Bulygin (1981), donde se critica la posición sostenida por J. Raz (1981).

[37] En este sentido encontramos la distinción entre enunciados deónticos prescriptivos y enunciados deónticos descriptivos propuesta por A.G. Conte (1985), quien, por otro lado, no se ocupa, o mejor no profundiza en ese lugar, en nuestro problema: «es descriptivo un enunciado deóntico usado por un jurista». Por otro lado, Conte, lejos de ignorar el problema del estatuto de los enunciados deónticos de la ciencia jurídica, prefiere atribuir a tales enunciados las categorías de validez e invalidez, y no los *comprometedores* verdad y falsedad, como hace Raz. Por exigencias de coordinación, tengo que precisar que los enunciados normativos descriptivos serían en el lenguaje de MacCormick –en este sentido, al menos, J.C. Bayón (1991)– los enunciados que el teórico pronuncia desde el punto de vista hermenéutico. Desde un punto de vista terminológico existe todavía una dificultad, por lo demás fácilmente superable: el punto de vista hermenéutico de MacCormick correspondía al punto de vista externo moderado de Hart y, precisamente por ser externo, conservaba su cualidad de ser descriptivo; mientras que los enunciados distanciados presuponen y expresan el punto de vista interno, aunque no la aceptación. Lo cierto es que se encuentra entre los dos extremos. Sin embargo, sería conveniente establecer si el punto de vista hermenéutico y los enunciados no comprometidos merecen o no la propiedad de internos.

no con una actitud distinta de la del aceptante. Esta exigencia adquiere relevancia sólo si se entiende la aceptación en sentido fuerte, es decir, si se le atribuye al acto de aceptación un carácter moral.

Los enunciados distanciados y los enunciados comprometidos se corresponderían, por tanto, con los dos tipos de punto de vista interno tal como antes se han distinguido. Los enunciados distanciados son emitidos por aquellos que no aceptan las normas. Por el contrario, los enunciados comprometidos manifiestan la aceptación en sentido fuerte de las normas.

Prescindiendo del hecho de que se consideren como enunciados internos distanciados [38] o como enunciados condicionales, los enunciados que predican la validez de una norma son los típicos del jurista que, utilizando ciertos criterios de validez, comprueba (o decide: esto es otro problema) que la norma satisface tales criterios. Se puede sostener que este tipo de enunciados es interno, pero no que sea prescriptivo. Es importante, por tanto, tener en consideración este tipo de enunciados, porque su existencia podría suscitar dudas sobre la ecuación interno = prescriptivo y externo = descriptivo. Decir que una norma no es válida no tiene –por lo menos al margen de circunstancias excepcionales– función prescriptiva. Sin embargo, si miramos en un nivel superior, se puede decir con Hart que, emitiendo un enunciado de este tipo, se acepta una regla de reconocimiento como guía para la identificación de las normas válidas y se propone esta guía a otros juristas y a los operadores jurídicos. Enfrentaré en seguida este aspecto del problema; lo que es necesario destacar es que un juicio de validez se sitúa en el interior del sistema jurídico: de un lado, no tiene pretensiones en cuanto a la aplicación del Derecho; de otro, no incide necesariamente sobre los criterios de validez. Los juicios de validez son enunciados internos respecto del sistema del que extraen los criterios y enunciados externos respecto de las normas de las que predican la validez.

Antes de profundizar en la naturaleza de la regla de reconocimiento [39] y la pluralidad de objetos sobre los que pueden versar los enunciados de los

---

[38] Por lo que respecta a la distinción entre enunciados distanciados y enunciados comprometidos ya se ha dicho que, si por compromiso se entiende –como parece hacer Raz– «compromiso moral», podemos olvidarla. Si por el contrario con ella se quiere dar cuenta del hecho de que se puede expresar un juicio de validez sin pronunciarse sobre la obligatoriedad de las normas consideradas válidas, la podemos igualmente olvidar, porque confunde más que lo que explica. En efecto, esta distinción tiene sentido si se aplica a una teoría, como la kelseniana, que identifica validez y obligatoriedad. Al no asentarse sobre terreno firme, se impone el olvido de esta distinción.

[39] La literatura sobre la regla de reconocimiento ya se ha extinguido. Aparte de las obras de Hart ya citadas, hay que señalar J. Páramo Argüelles (1984), J. Ramos Pascua (1989), R. Caracciolo (1991). Para un reciente repaso de las tentativas de identificación de la regla de reconocimiento cfr. M. Atienza, J. Ruiz Manero (1996), pp. 150 y ss. Sobre la posibilidad de una pluralidad de normas de reconocimiento, cfr. M. Jori (1985), pp. 147-149.

juristas, merece ser recordada la observación de Guastini [40] según la cual utilizando expresiones como «principio fundamental» o «regla de reconocimiento» mismo se hace referencia, indistintamente, al menos a tres cosas distintas (produciéndose de esta manera fáciles confusiones conceptuales): a un criterio de validez, al conjunto de las normas sobre la producción jurídica, y a una norma moral que impone obedecer a las normas válidas.

Quiero además recordar, también sin profundizar, la tesis que considera la regla de reconocimiento no como una norma de conducta, sino como una regla conceptual [41], y las varias tesis que intentan hacer depender la existencia de tales reglas de la actividad del juez y, para evitar la circularidad del argumento, recurren a reglas morales o prácticas sociales para la identificación de los jueces [42].

No profundizaré más en el debate porque me parece claro que la regla de reconocimiento no es una genuina norma de conducta [43] y también me parece claro que los jueces vienen identificados en base a ella. En efecto, es la ciencia jurídica la que, «con la asunción del punto de vista interno» procede «a la determinación de los criterios por los cuales ciertas normas puestas por la voluntad de seres humanos vienen identificadas como normas del derecho positivo y por ello son tomadas como guía del comportamiento y criterio para juzgar y son tenidas en cuenta en la práctica» [44].

---

[40] R. Guastini (1997a), p. 423.

[41] Para un interesante enfrentamiento amigable sobre la cuestión «regla de conducta/regla conceptual», cfr. E. Bulygin (1976), (1991a), (1991b) y J. Ruiz Manero (1990), (1991).

[42] Cfr. N. MacCormick (1981) y C. Nino (1985).

[43] Me limito a hacer una modesta crítica a propósito del modo, a veces demasiado apresurado, con el que se decreta que las definiciones no tienen carácter normativo. En efecto, allí donde una definición es la única razón para que exista la exigencia de hacer funcionar un sistema de genuinas reglas de conducta, me parece legítimo sostener su carácter *transitivamente normativo*. Con excesiva rapidez se equipara la regla de reconocimiento, entendida como regla conceptual, como definición de validez, a una regla gramatical o a una regla de juego. Creo que aunque el derecho sea lenguaje y juego, no se puede olvidar que no todos los conceptos tienen el mismo *valor* y que no todas las definiciones tienen la misma *fuerza*. Sobre la distinción entre normas y definiciones, de un modo más exhaustivo, C.E. Alchourrón - E. Bulygin (1982).

[44] U. Scarpelli (1965), p. 58. También parece de acuerdo con este punto J. Raz (1980), cap. VIII, quien, citando expresamente donde Hart argumenta a favor de la adopción de su doctrina de la regla de reconocimiento, observa algo que a mi entender es fundamental: para responder a la cuestión de la existencia de una disposición en un sistema jurídico dado, se necesita hacer referencia no a otra disposición, sino a un *criterio doctrinal*. También Raz, como Jori, se plantea la posibilidad de más reglas de reconocimiento y subraya que, en el caso de la regla de reconocimiento la única reacción crítica a la desviación que puede producir un efecto cualquiera es la de la doctrina. Sobre este punto véase también el reciente análisis de R. Guastini (1997a), en particular pp. 424 y ss. (que, a mi entender, debidamente interpretada, supera el problema de la pluralidad de normas de reconocimiento), donde sostiene que en muchos ordenamientos, por ejemplo, en el italiano, no existe un criterio general de validez que esté for-

Esta afirmación de Scarpelli prepara el terreno para la reformulación de mi tesis.

Los juristas, con los juicios de validez, no describen normas. Sin embargo, tampoco prescriben a cualquiera su obligatoriedad. No se encuentran ante un objeto que pueda describirse, sino ante un conjunto de materiales de naturaleza más o menos directamente lingüística, preparados para ser modelados según las formas jurídicas y sucesivamente sistematizados. Para llevar a cabo esta operación aceptan algunas reglas, que corresponden a lo que genéricamente puede llamarse principio fundamental.

En efecto, con la regla de reconocimiento, que Scarpelli prefiere llamar principio fundamental, los juristas se sitúan en un nivel de discurso superior: el discurso con el cual la ciencia jurídica elabora el criterio para la identificación de las normas del sistema es «un discurso normativo en el nivel metalingüístico» [45].

La distinción entre varios niveles del lenguaje nos obliga a distinguir entre tres niveles de descripciones posibles; resultará que existen tantas parejas de puntos de vista como posibles niveles de discurso.

3. Actores y contextos del discurso jurídico

En relación con la diversidad de los tipos de juristas es interesante el análisis realizado por M. van Kerchove y F. Ost [46], que distinguen diferentes puntos de vista de acuerdo con las diversas funciones [47] –muchas veces rea-

---

mulado, *positivo*, añado yo, y los juristas obtienen, a partir de una reconstrucción de los criterios particulares de invalidez de las normas (de todos los niveles), un criterio de validez, «un macro-criterio (general) de validez: un "principio fundamental", en el léxico de Scarpelli». Me pregunto si , en caso de que este macro-criterio fuese formulado, los teóricos del derecho se limitarían a *usarlo* o bien, como propendo a pensar, lo reconstruirían, para afinarlo, con el resultado concreto de restar influencia al dato positivo. Según Guastini son igualmente los juristas, «o más bien: los teóricos del derecho», los que extraen, del conjunto de normas que en cierto sentido prescriben la obediencia al derecho, «la macro-norma 'iterativa' según la cual las normas válidas deben ser obedecidas [...]».

[45] U. Scarpelli (1965), p. 81: el principio fundamental es considerado una proposición en el nivel metalingüístico. Para R. Guastini (1997a), p. 410, el principio fundamental de Scarpelli corresponde a la norma fundamental de Kelsen.

[46] Cfr. F. Ost, M. van Kerchove (1987), pp. 43-51. los autores se sirven de una metáfora del contexto teatral, que les permite hablar de «actores de la escena jurídica», de «espectadores», etc. Hay que destacar que recientemente la distinción entre punto de vista interno y punto de vista externo ha sido criticada y en su sustitución se ha propuesto, probablemente debido a la utilización de una metáfora lúdico-deportiva, la distinción entre participantes y observadores. Para la utilización de esta última distinción, cfr. entre otros J. C. Bayón (1996), A. Calsamiglia (1996).

[47] También está basada en la distinción entre niveles de generalidad la clasificación realizada por V. Villa (1993), pp. 272-287, según la cual, cuando se habla de ciencia jurídica nos podemos estar refiriendo a la jurisprudencia, a la teoría general del derecho o a la teoría del derecho. Por lo que se refiere a las diferentes actividades desarrolladas por los juristas, cfr. G. Ta-

lizadas por los mismos individuos– que pueden encontrarse en la ciencia jurídica [48].

En pocas palabras, utilizando como criterio para la distinción la teoría de los niveles del lenguaje, se puede sostener que los teóricos belgas individualizan al menos cinco niveles de descripciones y análisis que se pueden distinguir estipulando nombres diversos para los autores de los diferentes discursos: la *doctrina*, desde un punto de vista interno, trata de influir en los otros operadores jurídicos (en los jueces en particular), proponiendo interpretaciones [49]; la *dogmática jurídica* sistematiza las normas, producto de la interpretación, sin participar por ello en alguna actividad en algún sentido normativa, y quedando así absolutamente como espectadora [50]; la *ciencia ju-*

---

rello (1980), pp. 24-33, donde, enumerando las razones para rechazar la creencia de que «todo el derecho procede exclusivamente de todas las leyes», habla de interpretación de la ley, de integración de la ley, de estudio del derecho y de individualización de la norma. En el mismo sentido, M. Barberis (1990), pp. 299-301, quien distingue tres grandes sectores de actividad: la interpretación en sentido estricto, la integración y la sistematización del derecho.

[48] La tipología elaborada por Van de Kerchove y F. Ost está claramente más articulada que la elaborada por Hart, el cual, como es sabido, no se ocupó, probablemente por razones históricas, de la posición ocupada por el teórico del derecho y el jurista práctico: «la aplicación del derecho por parte del jurista, más que el conocimiento y descripción por parte de la doctrina, tiene una importancia central en la teoría hartiana del derecho». Otra de las razones históricas, señalada por M. Jori (1985), p. 130, es el «hecho histórico y sociológico de que el llamado científico del derecho, estudioso de la llamada doctrina jurídica (esto es, en última instancia, el profesor universitario de derecho que escribe libros sobre el derecho), ha tenido históricamente y tiene actualmente una importancia bastante menor en el mundo anglosajón que la que ha tenido y tiene en el continente europeo»; la justificación del desinterés de la literatura anglosajona por el problema de la cientificidad de la actividad del jurista puede estribar también en razones lingüísticas: en efecto, como recuerda M. Barberis (1990), p. 302, en lengua inglesa el término «science» designa solo la ciencia de la naturaleza, por lo que el problema de la cientificidad de la «jurisprudencia», simplemente, no tiene sentido. El problema, más bien, viene expresado en términos de conocimiento jurídico, lo que, a decir verdad, no reduce su importancia.

[49] F. Ost, M. van de Kerchove (1987), pp. 45-46: se trata del punto de vista interno científico (*savant*), de la *doctrina* en sentido estricto, que, en su labor de definición, clasificación y sistematización, se permite tomar posición a favor o en contra de algunas interpretaciones de la jurisprudencia. Según los autores, este punto de vista denota la naturaleza híbrida de la actividad doctrinal, porque, en cuanto interna, comporta la aceptación de las normas y, en cuanto científica, comporta una actitud distanciada respecto del objeto de estudio. Este punto de vista parece ser el de aquella que A. Aarnio (1987), cap. 1, llama dogmática práctica, caracterizada por la combinación de dos elementos: de un lado, encuentra su razón de ser en la práctica jurídica; de otro, está impregnada de una actitud científica. Utilizando un método científico, realiza una actitud de purificación de los prejuicios que normalmente existen en la práctica jurídica normal. La interpretaciones que propone son verificables mejor que las que realizan por ejemplo los abogados y es por esto que produce mejores resultados respecto de la verdad acerca del ordenamiento. Su orientación pragmática la contrapone a la dogmática teórica, interesada más bien en la coordinación sistemática del ordenamiento. Para Aarnio, estos puntos de vista son epistemológicamente internos pero, a diferencia del punto de vista del juez, funcionalmente externos.

[50] F. Ost, M. van de Kerchove (1987), pp. 44-45: se trata del punto de vista descriptivo, que da cuenta del punto de vista interno de los participantes en el derecho; es el punto de vis-

rídica reconstruye y explica la normatividad de las instituciones jurídicas que caracterizan a los sistemas jurídicos, así como las reformulaciones de la dogmática [51]; la *teoría general del derecho* revela y reconstruye las propiedades y el funcionamiento de los ordenamientos jurídicos y del método de la ciencia jurídica [52]; la *filosofía del derecho* (analítica y hermenéutica) analiza los fundamentos implícitos de las teorías generales del derecho y las critica a la luz de una filosofía general [53].

Simplificando un tanto, se puede decir que cada discurso versa sobre el precedente y que, por ello, el discurso de los filósofos del derecho de ca-

---

ta de la *dogmática jurídica* cuando desarrolla la función de sistematización de un ordenamiento jurídico particular; la adopción de este punto de vista, puramente externo, es típico de aquellos que efectúan estudios de derecho comparado o de historia del derecho; se puede pensar que un jurista italiano que analiza el derecho penal japonés no tiene ninguna intención creadora y política, y que se limita realmente a una reconstrucción de lo que para los funcionarios y ciudadanos japoneses constituye el derecho válido japonés. A. Catania (1987), p. 38, hace referencia a la actividad de aquellos estudiosos que «encontrándose en la situación de no ser destinatarios del ordenamiento jurídico, porque, por ejemplo, son de distinta nacionalidad, analizan el comportamiento [...] de los obligados por las normas».

[51] F. Ost, M. van de Kerchove (1987), pp. 49-50: se trata del punto de vista externo explicativo de la ciencia jurídica, *ideal* para los autores que, aun manteniendo la ruptura epistemológica respecto al objeto, necesaria para la cientificidad, no dejan de lado las representaciones de los actores de la escena jurídica. Esta categoría suscita problemas, en la medida en que no está claro cómo se puede penetrar, permaneciendo en un punto de vista externo, en las representaciones de los actores jurídicos. El problema es doble: en primer lugar, no es cierto que se pueda aprehender desde el exterior el sentido que tiene el derecho para los actores de la escena jurídica; y, en segundo lugar, aunque una descripción desde el exterior fuera posible, no es cierto que el derecho descrito desde el exterior coincida con el derecho descrito desde el interior. Sobre el primer punto, cfr. R. Shiner (1992); sobre el segundo J.C. Bayón (1996); para una crítica a la tesis de Bayón, cfr. P. Chiassoni (1996).

[52] F. Ost, M. van de Kerchove (1987), pp. 48-49: es el punto de vista externo analítico de la teoría general del derecho que analiza las propiedades de los ordenamientos jurídicos en general. En relación con esta categoría, los autores se preguntan si esta actitud aparentemente externa no trasluce a veces una cierta condescendencia hacia algún estado de cosas relacionado con la práctica de aquellos que adoptan un punto de vista interno. La teoría de Hart pertenece a esta categoría y, como sostiene M. Jori (1985), pp. 127-128, puede comportar la ambigüedad de confundir «el hecho de que las ideas o descripciones o explicaciones son difusas, con la bondad (según cualquier criterio) de las ideas o descripciones o explicaciones mismas». Ost y van de Kerchove mencionan también el punto de vista externo reductivo de aquellas teorías del derecho que, adoptando un punto de vista radicalmente externo, renuncian incluso a la tentativa de explicar el punto de vista interno de los participantes en el ordenamiento jurídico, reduciendo así, desde una perspectiva científica, el derecho a comportamiento observable (realismo jurídico) o traduciendo el fenómeno jurídico en términos económicos (teoría marxista). Para un profundo análisis del componente ideológico que acompaña la descripción del derecho, cfr. también M. Jori (1985), pp. 227 y 232-233 y U. Scarpelli (1982), pp. 184 y ss. y U. Scarpelli (1965), pp. 56 y ss.

[53] F. Ost, M. van de Kerchove (1987), pp. 50-51: es el punto de vista externo crítico, adoptado por estos autores (a su juicio), que da cuenta, desde un punto de vista externo, del punto de vista externo de los teóricos del derecho, desvelando las eventuales impurezas y deslizamientos hacia un punto de vista interno.

rácter analítico y/o hermenéutico constituye un metalenguaje de quinto grado.

Como complemento de esta tipología es útil reclamar una ulterior distinción, que no es tratada por los autores belgas y que suele ser sobrevalorada por aquellos que defienden su existencia: la distinción entre teoría general del derecho y teoría del derecho [54].

La teoría general del derecho se ocuparía de la individualización de las «nociones comunes a las diversas ramas de un ordenamiento jurídico particular», mientras que la teoría del derecho (que corresponde a la *analytical jurisprudence* inglesa) tendría como objeto de estudio las nociones más generales del derecho positivo, entre las cuales se pueden señalar las de «ordenamiento jurídico» y «validez» [55].

Según esto, en mi opinión se puede introducir un ulterior nivel, entre la filosofía del derecho y la teoría general, representado por los estudios de la teoría del derecho, cuyo fin principal es la elaboración de un concepto de derecho que sirva «de punto de referencia normativo para todas las investigaciones desarrolladas por las otras disciplinas jurídicas» de nivel, obviamente, inferior [56].

Por lo que se refiere a los contextos posibles del conocimiento jurídico y los objetos *describibles* en cada uno de ellos, algunos datos parecen incontestables: en efecto, es generalmente aceptada la distinción entre disposición y norma; igualmente es aceptada la distinción entre mero conjunto de normas y sistema de normas; se distingue, por último, entre sistema de normas, o sistema jurídico, y ordenamiento jurídico, entendiendo este último como el conjunto de sistemas jurídicos sucesivos [57].

Nos encontramos en este punto con cuatro discursos posibles: acerca de las disposiciones, acerca de las normas, acerca de los sistemas y acerca de los ordenamientos. Siguiendo algunas sugerencias, propongo introducir dos objetos más: los micro-sistemas de normas [58] y el ordenamiento estatal, entendido como sucesión de ordenamientos jurídicos [59].

---

[54] Cfr. V. Villa (1993), pp. 282-287.

[55] Cfr. V. Villa (1993), p. 285. Obviamente, no está de acuerdo R. Guastini (1997a), p. 422, nota, donde habla de «nociones teórico-generales» como nociones «válidas para todos los ordenamientos positivos». Sin embargo, no importa quién tiene razón o qué clasificación es mejor: emotivamente comparto la definición de Guastini pero, por razones técnicas, me sirvo de la distinción trazada por Villa.

[56] Cfr. V. Villa (1993), p. 286.

[57] Sobre todo esto remito a C. Alchourrón - E. Bulygin (1971), E. Bulygin (1991a), (1983), R. Caracciolo (1988).

[58] Como recientemente ha recordado R. Guastini (1997b), pp. 69-70, el mérito de esta distinción corresponde a C. Alchourrón - E. Bulygin (1971), y a E. Bulygin (1983), que responde a algunas críticas formuladas a *Normative System*.

[59] Cfr. J. M Vilajosana (1997), pp. 222-223.

En términos de pertenencia, todo esto se podría resumir como sigue: una disposición jurídica pertenece al conjunto de los documentos *prima facie* jurídicos; una norma pertenece a (el conjunto de posibles resultados de la interpretación de) una (o más) disposiciones jurídicas [60]; una norma pertenece a un micro-sistema jurídico que pertenece a un sistema jurídico que pertenece a un ordenamiento jurídico que pertenece a un ordenamiento estatal [61].

Tendremos entonces tantos criterios de pertenencia como relaciones de pertenencia descubiertas. En particular, el criterio de pertenencia más importante y delicado es el que permite establecer si dos ordenamientos jurídicos pertenecen al mismo ordenamiento estatal [62].

La importancia del ordenamiento estatal se vuelve evidente cuando se considera la estructura de los modernos estados constitucionales.

La existencia de una constitución aumenta la complejidad del trabajo de los juristas; junto al juicio que decreta la pertenencia de una norma a un micro-sistema de normas (la norma que impone pagar una cierta tasa pertenece en el momento *t* al derecho tributario), se puede formular el juicio que decreta la conformidad de la norma a los principios constitucionales. Sin embargo, se puede admitir que ese juicio está incluido en el juicio de validez.

El problema, la novedad, está constituida por el juicio en base al cual se considera que una ley constitucional pertenece al mismo ordenamiento estatal o por el juicio en base al cual, por el contrario, se considera que un cambio de la norma sobre reforma constitucional constituye el momento final, la muerte, de un ordenamiento estatal.

Recordar que el problema existe implica para mí justificar la necesidad de referir mi análisis a estados constitucionales. Me limitaré a señalar que, de un lado, la evolución de los estados contemporáneos está abocada a so-

[60] Dejo de lado por poco importante en este contexto el hecho de que la relación entre disposiciones y normas sea más compleja de como la he trazado; esta omisión está justificada por el hecho de que existe un consenso general sobre la existencia de normas implícitas, esto es, de normas sin disposición.

[61] Debe recordarse la redefinición del concepto de validez realizada por R. Guastini (1997a), p. 421-422, que, a mi entender, puede ser adaptada a mi distinción de objetos: «mi opinión es que "validez" designa [...] una relación entre una norma y otra norma: validez es conformidad de una norma a las meta-normas que regulan la producción y a las supra-normas que condicionan el posible contenido». Validez es, por tanto, la pertenencia de una norma a un micro-sistema de normas individualizadas sobre la base de criterios reconstruidos por la ciencia jurídica: así, es necesario decir, por ejemplo: «la norma N pertenece al (es válida) derecho de seguros». Obviamente, una norma no puede pertenecer a un micro-sistema sin pertenecer al ordenamiento en su conjunto.

[62] El problema es particularmente importante en relación con los efectos de una revolución o de un golpe de estado, pacífico o no, sobre la continuidad del ordenamiento estatal, pero también conserva su relevancia teórica fuera de los contextos post-revolucionarios.

luciones de tipo constitucional y, de otro, que la problemática de las teorías más interesantes resulta acrecentada si se postula la aplicación del modelo (el concepto de derecho y de ordenamiento jurídico) a estados de este tipo (sobre todo en el caso de constituciones rígidas, como la italiana). Además, como ha señalado Scarpelli [63], la obra del más importante teórico positivista ha estado influida, o por lo menos orientada, por el tipo de régimen y de organización estatal «de moda». Hobbes es el teórico del estado centrado en la voluntad del soberano; Kelsen da cuenta de la fragmentación de esta voluntad debida a la distribución piramidal de la competencia; Hart perfecciona el modelo kelseniano abriendo la puerta a la constitución. En efecto, muchos identifican con la constitución a la regla de reconocimiento hartiana (o principio fundamental en sentido scarpelliano) [64].

Esto debe confrontarse con algunos datos evidentes.

En primer lugar, la referencia natural de las teorías del derecho contemporáneas es el estado constitucional. Si una teoría debe explicar el funcionamiento de algo, ese algo es el ordenamiento jurídico de un estado constitucional. Una teoría que no dé cuenta de la especificidad de la constitución tiene una carencia importante.

En segundo lugar, el problema de la identificación del derecho, de la pertenencia de las normas a un determinado ordenamiento jurídico, no puede ser reducido a una mera cuestión de conformidad con las reglas sobre la producción jurídica. La validez es una categoría conceptual que, si bien puede explicar las posibles relaciones entre las partes de un mismo sistema jurídico, no puede dar cuenta del modo en el que se consideran dos constituciones como pertenecientes al mismo ordenamiento estatal, por no dar más de un ejemplo [65].

En definitiva, resulta evidente que un teórico positivista no puede eludir la cuestión de los criterios en base a los cuales se establece la continuidad entre dos constituciones sucesivas. Si se responde a esta pregunta, se tocará necesariamente el problema del origen de tales criterios. Algunas constituciones contienen normas sobre su propia revisión; la conformidad con ellas parecería justificar la tesis de la continuidad. Pero, como se ha señala-

---

[63] Cfr. U. Scarpelli (1989), pp. 461-464.

[64] Cfr. R. Guastini (1997a), pp. 420 y ss.

[65] Tomar en consideración este problema presupone la conciencia de las relaciones complejas que existen entre *hecho* y *teoría*, entre *hecho* y *valor*, en última instancia, entre ser y deber ser, en el nivel constitucional. De esto es bien consciente L. Ferrajoli (1997), p. 372: «Esta relación circular entre normatividad del derecho y normatividad de la teoría depende del hecho de que el objeto de la teoría, en los sistemas basados en el paradigma constitucional, no es únicamente el derecho, sino también una propuesta de un modelo, o si se quiere un proyecto de derecho –el diseñado por la constitución– y por ello no sólo el *ser*, sino también el *deber ser* del derecho mismo».

do otras veces, el problema se desplazaría a un nivel más alto. ¿Dónde encontramos entonces el famoso criterio último?

El estudio de los criterios, y por tanto también del criterio último, y la aplicación de los mismos, forma parte de la actividad típica del jurista. Los juristas tienen el deber *institucional* de ocuparse de este cuestión. El juez (dejo de lado aquí, por no ser paradigmática, la figura del juez constitucional), se podría decir, tiene cosas más importantes que hacer: decidir casos concretos; el legislador no tiene ningún motivo para hacerse esta pregunta: si se la planteara, parecería el propietario de un terreno que se pregunta sobre el origen del sol que irradia y hace crecer sus plantaciones.

4. Conclusión

Como el título de mi exposición seguramente ha anticipado, mi objetivo es bastante más modesto que el que conduce al descubrimiento o a la creación de los criterios últimos en base a los cuales se asegura la continuidad de un ordenamiento estatal.

Lo que quiero demostrar es que los juristas, si se considera el derecho como lenguaje –bien entendido esto–, tienen un papel fundamental en la determinación de todos los criterios de identificación: desde los criterios de validez y los criterios de legitimidad constitucional hasta los criterios últimos.

Para adelantarme a las eventuales objeciones precisaré que, si bien mi discurso tiene una única razón de ser, mi tesis puede ser descompuesta en dos tesis autónomas, de las cuales una resulta creíble y la otra parece más bien el resultado de un razonamiento por reducción al absurdo.

(1) La primera tesis se refiere a la naturaleza del discurso de los juristas: el discurso de los juristas es siempre, al mismo tiempo, interno y externo.

En efecto, si aceptamos la teoría de los niveles del discurso, o de los niveles del lenguaje, podemos decir que cuando un jurista sube un nivel se sitúa en un punto de vista externo respecto del objeto del discurso expresado en el nivel inferior, pero, sin embargo, se coloca en una perspectiva interna respecto al objeto del discurso que comienza subiendo de nivel; este procedimiento se repite en cada nivel de discurso imaginable pero, en un cierto punto, ha de terminar. Por usar la famosa parábola wittgensteiniana de la escalera, se puede decir que el jurista, en el extremo más alto de la escalera, si sigue subiendo, pierde el contacto con la realidad que quiere describir o, mejor, sobre la cual quiere escribir; y –por seguir jugando con la metáfora– si se sitúa al pie de la escalera, se sitúa en el nivel del antropólogo o del sociólogo que describe hechos y regularidades desde el exterior. El nivel más alto de la escalera es donde se encuentran los discursos de los filósofos del derecho, que elaboran las categorías fundamentales del pensamiento jurídi-

co; su objeto es el pensamiento jurídico. Ellos son externos respecto al derecho, a lo *jurídico*, que, en cierto sentido, se queda en el nivel de abajo. Si se sostiene que el discurso de estos teóricos es interno, es necesario hacerlo con referencia a un conjunto de reglas distintas de las reglas de conducta y distintas también –si se ocupan bien– de la regla de reconocimiento del sistema. Adoptan –en mi opinión– un punto de vista interno en relación con una determinada tradición de investigación filosófica. Como muchos han sostenido, una tradición, entendida en este sentido, incluye al menos una concepción de la racionalidad y una concepción de la justicia [66]. El significado de la tesis de Scarpelli es, quizá, que el positivismo jurídico constituye una tradición en este sentido. La pregunta que se impone ahora hace referencia a la posibilidad, por parte de la tradición constitucionalista más reciente, de adoptar la tradición positivista [67].

Dedicaré ahora algunas palabras a explicar por qué, en el título de mi exposición, hablo de *rostros* de la ciencia jurídica. El jurista, en mi opinión, tiene tres rostros, tres miradas. El primero, dirigido hacia arriba, busca y acepta los instrumentos de trabajo: los códigos anotados, las monografías, las teorías del derecho y cualquier cosa que considere necesaria para el desarrollo de su trabajo. El segundo rostro está dirigido hacia la comunidad jurídica a la que el jurista pertenece; es consciente de tener el poder de modificar el contenido de las creencias de los destinatarios de las normas y de los funcionarios, su labor constituirá un paso adelante en la constitución del lenguaje jurídico; este rostro escribe su nombre entre los autores del derecho como lenguaje. Por último, el tercer rostro es el que se *quiere* percibir desde un punto de vista externo: un rostro ciego que se limita a «reiterar», a repetir, el discurso de otros. Este rostro ciego, recortado entre el rostro curioso que busca y acepta y el rostro orgulloso del que crea, no es más que una ficción, porque no repite nada que no provenga de su sensibilidad jurídica.

Para terminar, trataré de dar sentido al término *inscripción* utilizado en el título de mi trabajo, también para procurar suscitar un interés suplemen-

---

[66] Cfr. A. MacIntyre (1988) y (1990) y, para un estudio en italiano, B. Pastore (1990). Por tanto, es la tradición la que proporciona al conocimiento del derecho aquellos *vínculos fuertes* de los que habla V. Villa (1997), p. 845: «el problema central [...] es el de la determinación de los *vínculos fuertes* para el conocimiento que, en ausencia de la verdad como correspondencia, ponen un límite a la "libre proliferación de los esquemas" y permiten valoraciones comparativas, en términos de mayor o menor corrección o *rightness*». Villa, por otra parte, parece conocer bien la utilidad, en relación con este fin, del concepto de tradición (cfr. V. Villa (1993), p. 223), que precisamente ofrece parámetros para valorar la corrección de un razonamiento y la adecuación de sus premisas. Por tanto, no es que V. Villa (1997a), p. 850, nota, explorando las posibles vías que conducen a la solución del problema, haga referencia a las afirmaciones de H.L.A. Hart (1961), cap. IX, sobre el contenido mínimo de derecho natural.

[67] Sobre las difíciles relaciones entre positivismo y constitucionalismo, cfr. L. Prieto Sanchís (1996) y M. Troper (1996).

tario. La idea que me ha incitado a hablar de inscripción del derecho nace de la consideración acerca de qué eran las inscripciones en piedra u otros materiales de las poblaciones primitivas: ¿qué sentido tienen estas inscripciones? ¿Son descripciones de la vida social o reglas que gobernaban la sociedad? Importa poco. Lo que importa es que aquellos que llevaban a cabo esas inscripciones, poseían un instrumento para traducir en signos lo que para la mayor parte de los miembros de sus comunidad era simplemente *vivible* y no expresable salvo en el nivel de los sentimientos. Desde siempre ha existido una categoría de sujetos dotados de un cierto saber y de un cierto poder para escribir lo que es y lo que debe ser, sujetos dotados de autoridad. Hoy tales sujetos son los profesores universitarios; y la autoridad reconocida a una cátedra prestigiosa, en cuanto autoridad reconocida espontáneamente –no por temor a sanciones o por motivos en alguna medida prudenciales, como ocurre con la autoridad reconocida a los funcionarios–, no tiene paralelo en el mundo político-institucional [68].

(2) La segunda tesis, como ya he dicho, sólo tiene sentido si se comparte el punto de vista teórico que considera el derecho como lenguaje.

Desde esta perspectiva, el poder de crear normas, de determinar los criterios para su identificación así como los criterios con los que investigar la unidad del ordenamiento estatal, se desplazan a las manos de los juristas [69].

El derecho no sería, por tanto, creación del legislador [70] –que adoptaría el papel de medium– ni de los jueces, sino de los juristas académicos, que escriben los libros, que ejercen poder sobre sus jóvenes estudiantes que un día serán jueces o legisladores.

La consecuencia más importante de una propuesta téorica tan contraintuitiva es la resolución del problema de la identificación de la categoría de los jueces y de la identificación de la regla de reconocimiento. Como es sa-

---

[68] Es en cierto sentido significativo que la portada de un reciente volumen sobre derecho y lenguaje, U. Scarpelli - P. Di Lucia (1994), muestra una representación del Código de Hamurabi, una inscripción.

[69] Esta parece ser, al menos según G. Tarello (1980), p. 57-58, nota, una situación auspiciada por la Escuela Histórica: «también la doctrina de la interpretación de la Escuela histórica tiende a producir, mediante el uso de la culturización ideológica (sea con la propaganda en los libros de derecho, sea con la instrucción de futuros operadores en las facultades jurídicas), una subordinación de la magistratura a decisiones políticas pertenecientes a otro lugar: en particular, a las decisiones políticas (no de otros órganos de algún Estado, sino) de la clase o rango de los juristas [...] La escuela histórica tratando de limitar la interpretación jurídica y, en general, la individualización del derecho objetivo al ámbito (bien definido socialmente) de los juristas (académicos), se propone, entre otros, sustraer el juicio de la dependencia que la magistratura, en cuanto cuerpo de funcionarios estatales, tenía frente a la organización estatal [...]».

[70] Sobre la no primacía del legislador en los estados con una constitución rígida, cfr. R. Guastini (1997a), p. 415.

bido, en esta empresa, el riesgo de círculo vicioso o de ruptura con los dominios del positivismo era difícil de evitar.

Dada la prioridad lógica e histórica del jurista respecto del juez y del ordenamiento jurídico en sentido moderno, el problema es, al menos, desplazado. En efecto, donde el jurista vive una existencia separada e independiente de las instituciones jurídicas, sólo permanece el problema del control de su actividad. El jurista no forma parte de la organización estatal; queda, constantemente, fuera y no puede por ello valorar la fecha de nacimiento y de muerte de la misma. Confiándole el deber de establecer quiénes son los jueces no se cae en ningún círculo vicioso, sencillamente porque el jurista ocupa una posición de prioridad respecto de cualquier ordenamiento estatal y por ello respecto de cualquier institución jurídica.

Por lo se refiere al control al que someter esta actividad creativa, basta recordar que el jurista no es libre, está anclado a una tradición jurídica de la que forma parte y que le proporciona, al menos en parte, los materiales para construir un ordenamiento jurídico.

Esta tradición lo limita, porque le suministra modelos de razonamiento y una idea de justicia. Se puede simplificar la estructura piramidal del pensamiento jurídico diciendo que la tradición provee concepciones acerca de la justicia y la racionalidad que, adaptadas a los fines jurídicos por los filósofos del derecho, sirven de instrumentos a los teóricos del derecho para elaborar conceptos de derecho que los teóricos generales del derecho utilizan para establecer los criterios de individualización de las reglas de reconocimiento que serán usadas en distintos niveles por la ciencia jurídica, la dogmática jurídica y la doctrina para determinar las instituciones y el contenido particular de un ordenamiento jurídico. Pero lo que no debe olvidarse es que, al prescindir de la actividad desarrollada, los juristas en su conjunto pertenecen a, y aceptan las reglas de, una tradición filosófico-jurídica, y se colocan, respecto de ella, en un punto de vista interno.

Por lo tanto, las dos tesis están ligadas entre sí y ambas constituyen, en mi opinión, un desarrollo, quizá catastrófico, pero legítimo, de una teoría del derecho felizmente casada con la filosofía del lenguaje, la hermenéutica jurídica y el constitucionalismo.

La posición sostenida por mí, en la medida en que atribuye a los juristas un rango preexistente al derecho positivo, poder creativo, podría ser acusada de iusnaturalismo. Esta acusación sugiere la necesidad de revisar, tras las teorías positivistas que han mejorado la de Hart, cuántas no merecen esta acusación.

Como he adelantado al principio de esta exposición, mi intento no es normativo y queda absolutamente intacta la posibilidad de escoger otros caminos, de adoptar otras premisas filosóficas, y de llegar a otras teorías jurí-

dicas, pero sin olvidar que probablemente todos los caminos conduzcan inevitablemente a formas de iusnaturalismo o de realismo jurídico.

Bibliografía

AARNIO, AULIS (1987), *The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification*, Dordrecht, D. Reidel Publishing Co.

ALCHOURRÓN, CARLOS E. - BULYGIN, EUGENIO (1971), *Normative Systems*, Wien, Springler Verlag.

ALCHOURRÓN, CARLOS E. - BULYGIN, EUGENIO (1981), «The Expressive Conception of Norms», trad. castellana ahora en C. E. Alchourrón - E. Bulygin (1991), pp. 121-154.

ALCHOURRÓN, CARLOS E. - BULYGIN, EUGENIO (1982), «Definiciones y normas», ahora en C. E. Alchourrón - E. Bulygin (1991), pp. 439-464.

ALCHOURRÓN, CARLOS E. - BULYGIN, EUGENIO (1991), *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

ATIENZA, MANUEL - RUIZ MANERO, JUAN (1996), *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ariel.

BARBERIS, MAURO (1990a), *Il diritto come discorso e come comportamento*, Torino, Giappichelli.

BARBERIS, MAURO (1990b), «Regole e linguaggio: primi elementi per la critica del prescrittivismo», en *Analisi e diritto 1990. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, Giappichelli.

BAYÓN MOHÍNO, JUAN CARLOS (1991a), *La Normatividad del Derecho. Deber Jurídico y Razones para la Acción*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

BAYÓN MOHÍNO, JUAN CARLOS (1991b), «Razones y reglas: sobre el concepto de "razón excluyente" de Joseph Raz», *Doxa*, 10.

BAYÓN MOHÍNO, JUAN CARLOS (1991c), «Proposiciones normativas e indeterminación del derecho», ponencia presentada en el Congreso de Vaquerías - Córdoba, inédito.

BAYÓN MOHÍNO, JUAN CARLOS (1996), «Partecipanti, osservatori, e identificazione del diritto», en *Analisi e diritto 1996. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, Giappichelli.

BOBBIO, NORBERTO (1966), «Considerazioni in margine», *Rivista di Filosofia*, 2.

BULYGIN, EUGENIO (1976), «Sobre la regla de reconocimiento», ahora en C. E. Alchourrón - E. Bulygin (1991), pp. 383-392 [trad. italiana en E. Bulygin (1995)].

BULYGIN, EUGENIO (1991a), «Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos», Doxa, 9 [trad. italiana en E. Bulygin (1995c)].

BULYGIN, EUGENIO (1991b), «Regla de reconocimiento: ¿Norma de obligación o criterio conceptual? Réplica a Juan Ruiz Manero», *Doxa*, 9.

BULYGIN, EUGENIO (1995), *Norma, validità, sistemi normativi*, Torino, Giappichelli.

CALSAMIGLIA, ALBERT (1996), «Una visione del diritto dal punto di vista del partecipante», en *Analisi e diritto 1996. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, Giappichelli.

CARACCIOLO, RICARDO (1988), *El sistema jurídico. Problemas actuales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

CARACCIOLO, RICARDO (1991), «Sistema jurídico y regla de reconocimiento», *Doxa*, 9.

CATANIA, ALFONSO (1987), *Il diritto tra forza e consenso*, Napoli, Ed. scientifiche italiane.

CHIASSONI, PIERLUIGI (1996), «Osservatori positivistici e quinte colonne», en *Analisi e diritto 1996. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, Giappichelli.

COHEN, JONATHAN (1992), *An Essay on Belief and Acceptance*, Oxford, Clarendon Press.

COMANDUCCI, PAOLO (1994), «Aarnio ed il problema della certezza del diritto», en *Analisi e diritto 1994. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, Giappichelli.

CONTE, AMEDEO G. (1985a), «Materiali per una tipologia delle regole», *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2, pp. 345-368.

CONTE, AMEDEO G. (1985b), *Nove studi sul linguaggio normativo*, Torino, Giappichelli.

FERRAJOLI, LUIGI (1997), «Filosofia analitica del diritto e dimensione pragmatica della scienza giuridica», en L. Gianformaggio - M. Jori (1997).

GIANFORMAGGIO, LETIZIA - JORI, MARIO (a cura di) (1997), Scritti per Uberto Scarpelli, Milano, Giuffré.

GUASTINI, RICCARDO (1997a), «Conoscenza senza accettazione», en L. Gianformaggio - M. Jori (1997).

GUASTINI, RICCARDO (1997b), «Aspetti notevoli di Normative Systems», en *Analisi e diritto 1997. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, Giappichelli.

HACKER, PETER MICHAEL STEPHAN (1966), «Sull'uso di "dovere"», *Rivista di filosofia*, 2.

HART, HERBERT LIONEL ADOLPHUS (1961), *The Concept of Law*, London, Oxford University Press.

HART, HERBERT LIONEL ADOLPHUS (1982), *Essays on Bentham. Studies in Jurisprudence and Political Theory*, Oxford, Clarendon Press.

HART, HERBERT LIONEL ADOLPHUS (1983), *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press.

JORI, MARIO (1985a), «Scienza giuridica e scienze naturali», *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2, pp. 423-439.

JORI, MARIO (1985b), *Saggi di metagiurisprudenza*, Milano, Giuffré.

MACCORMICK, NEIL (1978), *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press.

MACCORMICK, NEIL (1981), *H. L. A. Hart*, Stanford, Stanford University Press.

MACCORMICK, NEIL (1982), «Law, Morality and Positivism», ahora en N. MacCormick - O. Weinberger (1986).

MACCORMICK, NEIL - WEINBERGER, OTA (1986), *An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism*, Dordrecht, Reidel.

MACINTYRE, ALASDAIR (1988), *Whose Justice? Which Rationality?*, London, Duckworth.

MACINTYRE, ALASDAIR (1990), *Three Rival Versions of Moral Enquiry. Encyclopaedia, Genealogy and Tradition*, London, Duckworth.

MARTIN, MICHAEL (1987), *The Legal Philosophy of H. L. A. Hart. A Critical Appraisal*, Philadelphia, Temple University Press.

MOLES, ROBERT N. (1987), *Definition and Rules in Legal Theory. A Reassessment of H.L.A. Hart and the Positivist Tradition*, London, Blackwell.

NAVARRO, PABLO E. - REDONDO, MARÍA CRISTINA (1991), «Aceptación y funcionamento del derecho», *Doxa*, 9.

NINO, CARLOS SANTIAGO (1985), *La validez del derecho*, Buenos Aires, Astrea.

OST, FRANÇOIS - VAN DE KERCHOVE, MICHEL (1987), *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, Facultés Universitaires Saint-Louis.

OST, FRANÇOIS - VAN DE KERCHOVE, MICHEL (1993), «L'idée de jeu peut-elle pretendre au titre de paradigme de la science du droit?», *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 30.

PÁRAMO ARGÜELLES, JUAN RAMÓN DE (1984) , *H. L. A. Hart y la teoría analítica del derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

PASTORE, BALDASSARRE (1985), «Comandi, diritti, e utilitarismo», *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2, pp. 535-541.

PRIETO SANCHIS, LUIS (1996), «Costituzionalismo e positivismo», en *Analisi e diritto 1996. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, Giappichelli.

RAMOS PASCUA, JOSÉ ANTONIO (1989), *La regla de reconocimiento en la teoria jurídica de H. L. A. Hart*, Madrid, Tecnos.

RAZ, JOSEPH (1980), *The Concept of Legal System*, Oxford, Clarendon Press (1ª ed.: 1970; trad. italiana de Paolo Comanducci, *Il concetto di sistema giuridico*, Bologna, Il Mulino, 1977).

RAZ, JOSEPH (1981), «The Purity of the Pure Theory», *Revue internationale de philosophie*, 35, pp. 441-459.

REDONDO, MARÍA CRISTINA (1996), *La noción de razon para la acción en el análisis jurídico*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

RUIZ MANERO, JUAN (1990), *Jurisdicción y normas. Dos estudios sobre función jurisdiccional y teoría del derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

RUIZ MANERO, JUAN (1991), «Normas independientes, criterios conceptuales, y trucos verbales. Respuesta a Eugenio Bulygin», *Doxa*, 9.

SARTORIUS, ROLF (1987), «Positivism and the Foundation of Legal Authority», en R. Gavison (1987).

SCARPELLI, UBERTO (1959), *Contributo alla semantica del linguaggio normativo*, reimpresión, 1985, Milano, Giuffré.

SCARPELLI, UBERTO (1965), *Che cos'è il positivismo giuridico*, Milano, Comunità.

SCARPELLI, UBERTO (1982), *L'etica senza verità*, Bologna, Il Mulino.

SCARPELLI, UBERTO (1989), «Il positivismo giuridico rivisitato», *Rivista di filosofia*, 80, 3.

SCARPELLI, UBERTO - DI LUCIA, PAOLO (a cura di) (1994), *Il linguaggio del diritto*, Milano, Casa editrice ambrosiana.

SHINER, ROGER A. (1992), *Norm and Nature. The Movements of Legal Thought*, Oxford, Clarendon Press.

TARELLO, GIOVANNI (1974a), *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Bologna, Il Mulino.

TARELLO, GIOVANNI (1974b), «Linguaggio descrittivo e linguaggio precettivo nei discorsi dei giuristi», ahora en U. Scarpelli, P. Di Lucia (1994).

TARELLO, GIOVANNI (1980), *L'interpretazione della legge*, Milano, Giuffré.

TROPER, MICHEL (1996), «La nozione di principio sovracostituzionale», en *Analisi e diritto 1996. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, Giappichelli.

VILAJOSANA, JOSEP M. (1997), «Alcuni problemi di dinamica giuridica», en *Analisi e diritto 1997. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, Giappichelli.

VILLA, VITTORIO (1993), *Conoscenza giuridica e diritto positivo. Lezioni di filosofia del diritto*, Torino, Giappichelli.

VILLA, VITTORIO (1997a), «Interpretazione giuridica e teorie del significato», en L. Gianformaggio - M. Jori (1997).

VILLA, VITTORIO (1997b), «Teorie giuridiche e giudizi di valore», en *Analisi e diritto 1997. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, Giappichelli.

(Trad. de Daniel González Lagier)

José Luis Pérez Triviño

«VALIDEZ, APLICABILIDAD Y NULIDAD. UN ANÁLISIS COMPARATIVO DE LA TEORÍA DEL DERECHO Y LA DOGMÁTICA JURÍDICA»

DOXA 22 (1999)

VALIDEZ, APLICABILIDAD Y NULIDAD. UN ANÁLISIS COMPARATIVO DE LA TEORÍA DEL DERECHO Y LA DOGMÁTICA JURÍDICA

José Luis Pérez Triviño
Universidad Pompeu Fabra (Barcelona)

Introducción

Una de las tesis clásicas acerca del sistema jurídico como construcción escalonada de normas es la afirmación de que uno de los criterios de validez de aquellas es el criterio de legalidad [1]: una norma es válida, y en este sentido, pertenece al sistema jurídico, si es creada de conformidad con las normas que disciplinan su creación. En sentido contrario, una norma no es válida cuando está afectada por uno o más vicios, esto es, cuando ha sido producida violando una o más normas sobre la producción jurídica. Salvo indicación en contrario este es el sentido de validez que usaré a lo largo de este trabajo.

Es un lugar común afirmar que la práctica de los ordenamientos jurídicos dista mucho de parecerse a sistemas jurídicos óptimos en los que el criterio de legalidad es seguido escrupulosamente por las autoridades jurídicas [2]. Es frecuente encontrarse con situaciones en las que un órgano inferior ha creado una norma que no cumple con las condiciones establecidas para su producción válida (normas inválidas o inconstitucionales, reglamentos ilegales, sentencias *contra legem,* contratos viciados), no obstante lo cual, son vigentes, en el entendido de que existen buenas razones para afirmar que un órgano jurídico está dispuesto a aplicarla en la justificación de sus decisiones.

---

[1] Véase KELSEN, Hans: *Teoría pura del Derecho*; UNAM, México, 1986 [1960]. Trad. R. Vernengo. Pág. 232. «Conforme a C2 [criterio de legalidad], las normas emitidas por individuos autorizados para hacerlo son normas válidas en S, pertenecen asimismo a S». CARACCIOLO, Ricardo: *El sistema jurídico. Problemas actuales*; Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988, pág. 57. «Si se llama "legal" al acto de dictar una norma cuando existe otra norma que permite este acto, resulta que la validez de una norma equivale a la legalidad de éste último». BULYGIN, Eugenio: «Sentencia judicial y creación de Derecho»; en ALCHOURRÓN, Carlos - BULYGIN, Eugenio: *Análisis lógico y Derecho*; Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, p. 364.

[2] MORESO MATEOS, José Juan: «Sobre normas inconstitucionales», *Revista española de Derecho Constitucional*, 38, Mayo-Agosto, 1993, p. 105.

Esta circunstancia genera que, a pesar de no estar amparados por el criterio de legalidad, sea habitual referirse a estos fenómenos como «normas», «sentencias», «reglamentos», «actos», «contratos» con carácter jurídico. Es decir, es corriente admitir como *Derecho* a este tipo de normas, y por lo tanto, se considera que deben ser aplicadas por los órganos jurídicos afectados. En una primera aproximación, esto es lo que habitualmente se conoce como normas irregulares, expresión que a partir de ahora utilizaré para englobar todos esos fenómenos.

La teoría del Derecho se ha preocupado secularmente por este tipo de patología jurídica al cuestionarse cómo explicar que estas normas sean por un lado, inválidas y por otro lado, sean de obligada aplicación para determinados órganos jurídicos y por lo tanto, desempeñen un importantísimo papel en la motivación de la conducta de sus destinatarios. La relevancia de estas normas se muestra en que precisamente el Derecho se preocupa de controlar su validez y resolver las cuestiones sobre su adecuación con las normas superiores. El Derecho establece mecanismos para garantizar la regularidad de la creación jurídica[3], y de hecho, la existencia de instituciones cuya función es velar por la legalidad de las normas y resolver sobre su validez dan testimonio de la importancia de las «normas irregulares». En este sentido, la concepción clásica supone que la institución de la nulidad tiene como finalidad depurar el ordenamiento jurídico del conjunto de normas que han sido creadas irregularmente.

En este trabajo, me propongo examinar la explicación kelseniana del problema de las normas irregulares y su conexión con las dos instituciones clásicas mediante las cuales el Derecho reacciona contra ellas: la nulidad y la anulabilidad. Sostendré que la concepción de Kelsen, en concreto su doctrina de la cláusula alternativa tácita, acaba diluyendo el problema de las normas irregulares. A continuación, expondré la que considero que es la mejor explicación de estas normas, aquella que apela a la distinción entre validez y aplicabilidad, y que afirma que son normas inválidas, pero aplicables. Estableceré, seguidamente la conexión entre la aplicabilidad de las normas irregulares y los distintos tipos de invalidez establecidos por la dogmática jurídica: la inexistencia, la nulidad y la anulabilidad. Por último, examinaré la rentabilidad teórica de esta distinción aplicándola a algunos casos sobre los que se ha preocupado la dogmática jurídica. Pero antes de

[3] «La idea de regularidad se aplica a cada grado en la medida en que este grado constituye aplicación o reproducción del Derecho. Porque la regularidad no es más que la relación de correspondencia de un grado inferior con un grado superior del ordenamiento jurídico». KELSEN, Hans: «La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)»; en *Escritos sobre la democracia y el socialismo*. Selección e introducción de J. Ruiz Manero, Debate, Madrid, 1988, p. 111.

entrar a exponer estas cuestiones parece necesario asumir una noción de norma irregular.

La noción de norma irregular

La expresión «norma irregular» no es habitual en la dogmática jurídica. No obstante, utilizaré tal expresión para referirme a lo que habitualmente se designa como actos y normas inválidas, inconstitucionales, contratos viciados, sentencias contra legem, etc. El significado con que se utiliza dicha expresión no es unívoco y por eso, es frecuente encontrarse con diferentes tipos de clasificaciones de irregularidades. Para evitar confusiones, centraré mi atención en aquellas normas irregulares que son inválidas, vigentes y obligatorias para determinados órganos.

La expresión «norma irregular» incluye en su definición la propiedad de ser «inválida». Sin embargo, parece que la referencia de la expresión «norma irregular» es mucho más reducida, pues por lo general, se suele incluir entre sus propiedades el hecho de ser vigente en un determinado ordenamiento jurídico. En efecto, son irregulares aquellas normas respecto de las cuales parecen haber buenas razones para afirmar que un órgano aplicador las utilizará para fundamentar su decisión en un caso concreto. La vigencia de una norma parece suponer que es usada por los órganos aplicadores de Derecho. Esto es precisamente lo que explica que el Derecho se preocupe de ellas, y no de aquellas normas que siendo inválidas no generan efectos ni obligaciones jurídicas.

Sin embargo, la complejidad de las llamadas «normas irregulares» no acaba aquí, ya que parece que, en algún sentido, son normas que no sólo son aplicadas[4], sino que poseen el carácter de *jurídicas* o en otras palabras, son obligatorias. Así por ejemplo, las caracterizan Atienza y Ruiz Manero cuando afirman, refiriéndose a una sentencia ilegal que:

> «el tribunal ha dictado una *sentencia* que, si no es recurrida o, siéndolo, resulta confirmada por los tribunales superiores, es de ejecución jurídicamente obligatoria»[5].

Así pues, queda identificado el problema de las normas irregulares según estos autores: ¿cómo explicar que tales normas produzcan efectos jurídicos, es decir, que la ley inconstitucional sea *ley* y la sentencia ilegal *sentencia*, y por tanto, generen obligaciones*?*

Uno de los intentos teóricos más conocidos para explicar el problema de las normas irregulares es el de Hans Kelsen, del cual es posible extraer aportes positivos tanto de sus aciertos, como de sus errores.

---

[4] La aplicación y el carácter obligatorio de la aplicación de una norma a un caso concreto (lo que aquí se denominará aplicabilidad) no siempre van unidos: una norma puede ser aplicable, pero no aplicada, y viceversa, no ser aplicable, pero aplicada. Véase MENDONCA, Daniel: *Interpretación y aplicación del Derecho*, Universidad de Almería, Almería, 1997, p 60

[5] ATIENZA, M.-RUIZ MANERO, J.: *Las piezas del Derecho*; Ariel, Barcelona, 1996, p. 50.

Normas irregulares, nulidad y anulabilidad en Kelsen

No es mi intención repasar todas las etapas del pensamiento kelseniano sobre esta cuestión, sino que centraré mi atención en lo que es común considerar como su pensamiento clásico, el de la Teoría Pura del Derecho (TPD) de 1960, aunque esta consideración general no impedirá que circunstancialmente haga referencia a otras de sus obras.

Kelsen se planteó el problema de la creación inválida de normas en el apartado que dedica en la TPD al conflicto entre normas de diverso nivel:

> «Puesto que el orden jurídico representa una construcción escalonada de normas entre sí en relación de supra y subordinación, y dado que una norma sólo pertenece a determinado orden jurídico porque y en tanto su producción corresponde a una norma superior determinante, surge el problema de un posible conflicto entre una norma de nivel superior y una norma inferior; es decir, la pregunta: qué vale como derecho cuando una norma no corresponde a la norma que predetermina su contenido». [6]

La respuesta de Kelsen al interrogante anterior es simple y contundente: las normas inválidas son inexistentes y por lo tanto, no pertenecen al Derecho. Una norma de inferior jerarquía no puede contradecir una norma de superior jerarquía, porque en tal caso sería inválida, y por lo tanto, no sería una norma. Si la creación de una norma no ha sido realizada de conformidad con la disposición superior que establece los criterios para su producción entonces es inválida.

Según Kelsen, la atribución de invalidez a una norma supone que esa norma es inexistente, no es ley alguna [7]. Ahora bien, dado que la regularidad en la producción normativa de los diferentes órganos que integran un ordenamiento jurídico no puede ser garantizada de manera absoluta, el Derecho establece «mecanismos de reacción de carácter represivo: la nulidad y la anulabilidad» [8].

Desde el punto de vista kelseniano, la nulidad supone

> «que un acto que pretende ser un acto jurídico, y especialmente, un acto del Estado, no es objetivamente tal, porque es irregular, es decir, porque no responde a las condiciones que prescribe para él una norma jurídica de grado superior» [9].

---

[6] KELSEN, Hans: *Teoría pura del Derecho*; op. cit., p. 273-4

[7] KELSEN, Hans: *Teoría pura del Derecho*; op.cit., p. 277.

[8] «De una ley inválida no podría sostenerse que es "inconstitucional", puesto que ley inválida no es ley alguna, siendo jurídicamente inexistente, sin que sobre ella sea posible formular ningún enunciado jurídico». KELSEN, Hans: «La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)»; op. cit., p. 122.

[9] KELSEN, Hans: «La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)»; op. cit., p. 122

Puesto que según Kelsen la validez es la forma específica de existencia de las normas jurídicas, entonces, carece de carácter jurídico, lo cual hace innecesario «privarle de su calidad usurpada de acto jurídico». Carece de significatividad hablar de leyes nulas, pues nunca llegaron a ser normas; sólo puede hablarse de leyes anulables [10].

En este sentido, en opinión de Kelsen «cualquiera tiene derecho a examinar la regularidad del acto nulo, a declararlo irregular y a tratarlo como no válido, no obligatorio» [11].

En cambio en la anulabilidad, el Derecho limita la facultad de examinar las normas que tienen la pretensión de ser jurídicas y de decidir sobre su carácter regular a determinados órganos y según determinadas circunstancias. En estos supuestos, la norma no es *a priori* nula, y por ello, se hace necesario un acto destinado a privarle de su calidad de válida. La anulabilidad supone que la norma es válida, ya que carece de sentido anular una norma inválida (inexistente).

La cuestión es que estas normas anulables *pretenden ser jurídicas y* son *válidas.* Kelsen ofrece dos respuestas a la validez de estas normas. En primer lugar, cuando se refiere a normas jurídicas dictadas por autoridades de carácter público señala que éstas gozan de una presunción de validez de la que no gozan necesariamente las normas creadas al amparo de la autonomía de la voluntad [12]. En efecto, como se verá más adelante, las normas de las autoridades públicas se benefician de la presunción de validez. En segundo lugar, Kelsen fundamenta la validez de estas normas en la conocida doctrina de la cláusula alternativa tácita, la cual supone que las normas de competencia habilitan a crear normas válidas de acuerdo con lo establecido explícitamente en su contenido, pero también habilitan a dictar cualquier otra norma, siendo ésta última también válida. Sobre esta cuestión volveré más adelante.

En la medida en que la anulabilidad tiene como objeto actos o normas válidas, la sentencia que declara la nulidad es constitutiva de su invalidez. Al realizar esta transformación, el Derecho actúa aquí como un rey Midas [13]. Cualquier ley o contrato es,

---

[10] «... Dentro de un orden jurídico no puede haber algo así como nulidad; que una norma jurídica perteneciente a un orden jurídico no puede ser nula, sino sólo anulable». KELSEN, Hans: «La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)»; op. cit., p. 122.

[11] KELSEN, Hans: «La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)»; op. cit., p. 122-KELSEN, Hans: «La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)»; op. cit., p. 122.

[12] KELSEN, Hans: «La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)»; op. cit., p. 122-3.

[13] KELSEN, Hans: *Teoría pura del Derecho*; op.cit., p. 284.

> «objetivamente, válido en tanto no sea anulado por un tribunal superior. Esta validez puede ser provisional, si es el caso de que esta decisión judicial sea susceptible de recurso o definitiva, en el caso de que sea establecida por un tribunal de última instancia, respecto de cuya resolución ya no cabe ulterior recurso» [14].

Por eso, Kelsen critica la concepción según la cual las sentencias anulatorias son declarativas, pues esto supondría que la invalidez de esas normas estaba presente desde el comienzo y en consecuencia, no se tratarían de normas jurídicas.

Pues bien, para Kelsen, como consecuencia de lo dicho en el punto anterior, se diluye la distinción entre nulidad y anulabilidad. La anulabilidad tiene grados en lo que se refiere a su alcance y a los efectos en el tiempo. Y la nulidad sería el grado superior de la anulabilidad [15]. En su opinión, no tiene sentido hablar de contratos o leyes nulas, pues no son normas [16]. Sólo es plausible hablar de normas anulables, es decir, sometidas a la posibilidad de ser privadas de su significado objetivo de norma jurídica que el Derecho le reconoció en algún momento, junto con sus consecuencias jurídicas. En otras palabras, normas a las que se les puede privar de validez.

El problema de las normas irregulares en Kelsen ha sido tratado de forma excelente en los últimos años por diversos autores [17], por eso, me centraré únicamente en el análisis de algunas cuestiones.

Bulygin ha señalado que Kelsen usa «validez» como: 1) pertenencia: una norma es válida si ha sido creada por el órgano jurídico competente; 2) obligatoriedad: una norma es válida si y sólo si es obligatoria, en el sentido de aplicable [18].

Esta dicotomía es especialmente relevante en lo que concierne a las normas irregulares. En efecto, por un lado, una norma irregular es una norma inválida, que ha sido creada incumpliendo las condiciones establecidas en las normas que regulan su creación. En pura lógica, esto debería llevar a concluir que en cuanto inválida, no es una norma jurídica.

---

[14] KELSEN, Hans: *Teoría pura del Derecho*; op.cit., p. 276**.**

[15] KELSEN, Hans: *Teoría pura del Derecho*; op.cit., p. 284.

[16] KELSEN, Hans: *Teoría pura del Derecho*; op.cit., p. 283.

[17] (Bulygin, Ruiz Manero, Gianformaggio, Comanducci, Paulson, Nino, etc.)

[18] «Decir que una norma es válida equivale a declarar su existencia –o lo que es lo mismo– a reconocer que tiene "fuerza obligatoria" frente a aquellos cuya conducta regula»; KELSEN, Hans: *Teoría General del Derecho y del Estado*; UNAM, México, 1988 [1945], p. 35. No abordaré la discusión acerca de la fuerza justificatoria de las normas en Kelsen. Véase al respecto: BULYGIN, Eugenio: «Cognition and Interpretation of Law»; en GIANFORMAGGIO, Letizia-PAULSON, Stanley: *Cognition and Interpretation of Law*, Giappichelli ed., Torino, 1995, p. 18. Véase también: BULYGIN, Eugenio: «Validez y positivismo»; en ALCHOURRÓN, Carlos-BULYGIN, Eugenio: *Análisis lógico y Derecho*; Centro de Estudios Constitucionales, NINO, Carlos: «El concepto de validez jurídica en la teoría de Kelsen» en *La validez del Derecho*, Depalma, Buenos Aires, 1985.

Sin embargo, como también se ha visto, las normas creados por las autoridades jurídicas suelen ser consideradas, en principio, como *obligatorias*, aún cuando sean irregulares.

> «Pero no es posible definir por medio de una fórmula teórica general el límite que separa el acto nulo *a priori* que es una pseudo-ley, de *un acto legislativo viciado pero válido, es decir de una ley inconstitucional*».[19]

Es por esta razón, es decir, por el hecho de que tales normas son obligatorias (y por lo tanto, recurribles) y que el propio Derecho las reconoce como jurídicas que Kelsen tiene un problema: debe hacer compatible este dato con la tesis que afirma que una norma es válida en función de que su producción se acomoda a las condiciones establecidas en las normas superiores.

La respuesta de Kelsen es la cláusula alternativa tácita, mediante la cual interpreta que los órganos jurídicos están facultado para crear normas con cualquier contenido:

> «...el sentido de las normas constitucionales que regulan la legislación no es que las leyes válidas sólo pueden llegar a ser de la manera que la constitución directamente determina, sino también que pueden llegar a ser a través de otra manera que el órgano legislativo mismo establecerá. La constitución faculta al legislador a producir normas generales también en un procedimiento distinto del determinado directamente por las normas de la constitución, dándoles otro contenido del que determinen directamente las normas constitucionales [...]. Las disposiciones constitucionales que regulan la legislación tienen el carácter de disposiciones alternativas» [20].

Es decir, la solución de Kelsen consiste en reformular la norma de competencia (norma superior determinante) de manera que permite la creación de normas con cualquier contenido. De esta manera, según Atienza y Ruiz Manero:

> «todos los actos normativos resultan permitidos por normas de grado superior y todas las normas mediante ellos dictadas corresponden a tales normas de grado superior...» [21].

Se ha señalado repetidamente que con esta concepción Kelsen provoca la destrucción de la propia idea de sistema dinámico [22]. Pero además, esta concepción tiene importantes consecuencias en la explicación de las normas

---

[19] KELSEN, Hans: «La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)»; op. cit., p. 123. Este párrafo también permite ver que no existe una clara distinción entre los supuestos que generan la nulidad (anulación retroactiva) y anulabilidad (anulación *pro futuro)*. Por otro lado, tampoco queda explicitada de manera diáfana la distinción entre anulabilidad e inexistencia.

[20] KELSEN, Hans: *Teoría pura del Derecho*, op.cit., p. 279.

[21] ATIENZA, Manuel-RUIZ MANERO, Juan: *Las piezas del Derecho,* op. cit., p. 51.

[22] RUIZ MANERO, Juan: *Jurisdicción y normas*; Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, p. 199.

irregulares: produce la disolución del problema de las normas irregulares por cuanto dejan de existir. Todas las normas del sistema jurídico son normas válidas, y por lo tanto, no hay normas irregulares.

Se han ensayado diversas propuestas explicativas, como la Atienza y Ruiz Manero, que a pesar de su interés no abordaré aquí por falta de espacio y de tiempo, y porque además, otros autores la han examinado detalladamente [23]. Me limitaré a exponer y defender la propuesta que distingue entre validez y aplicabilidad. Esta distinción supone afirmar que, sin dejar de afirmar su invalidez, las normas irregulares son obligatorias o aplicables por los jueces o por los diferentes órganos a los que se dirigen [24]. El próximo apartado está dedicado al desarrollo de esta propuesta y su incidencia en la explicación de las normas irregulares.

Validez y aplicabilidad

Una de las ventajas de la introducción de la noción de aplicabilidad como atributo distinto de la validez de las normas jurídicas es que permite ofrecer una explicación más plausible de algunas situaciones frecuentes en los sistemas jurídicos y que están relacionadas con la aplicación del Derecho. Este es el caso de la aplicación en un sistema jurídico de las normas de derecho internacional privado, la ultraactividad y retroactividad de ciertas normas, las normas en *vacatio legis* y lo que más interesa a efectos de este trabajo, la aplicabilidad de las normas irregulares. Puesto que una de las principales objeciones dirigidas al pensamiento de Kelsen ha sido su intento de explicar con un mismo criterio dos objetivos incompatibles [25] (por un lado, identificar el Derecho válido y por otro lado, explicar el fenómeno anómalo que constituyen las normas irregulares), algunos autores han sugerido distinguir entre la validez y la aplicabilidad de las normas.

La aplicabilidad de una norma supone que un determinado órgano tiene el deber (prescrito por otra norma) de aplicarla en la resolución de un caso. La noción de aplicabilidad se caracteriza por ser una relación entre dos normas y un caso, en el sentido de que la norma es aplicable a un caso cuando otra norma perteneciente al sistema jurídico prescribe, obliga o faculta apli-

[23] Véase: CARACCIOLO, Ricardo: «Due tipi de potere normativo»; *Analisi e Diritto*, 1995; MORESO MATEOS, José Juan: «Come fare baciare i pezzi del diritto»; *Analisi e Diritto*; 1997, p. 100.

[24] BULYGIN, Eugenio: «Cognition and Interpretation of Law»; op. cit., p. 19. Recientemente se ha hecho uso de esta categoría en la dogmática constitucionalista española: REQUEJO PAGÉS, Juan Luis: *Sistemas normativos, Constitución y ordenamiento. La Constitución como norma sobre la aplicación de normas;* MacGraw Hill, Madrid, 1995.

[25] WEYLAND, Inés: «Idealism and Realism in Kelsen's Treatment of Norm Conflicts» en TUR, Richard-TWINING, William: *Essays on Kelsen*, Clarendon Press, Oxford, 1986, p. 249.

carla a dicho caso. Esto supone que la aplicabilidad de una norma es siempre relativa a unos determinados órganos jurídicos, o en otras palabras, está referida a los deberes institucionales de ciertas autoridades normativas [26]. Esto, como se verá más adelante, tiene su importancia porque una determinada norma puede ser aplicable por unos órganos, pero no por otros. Por ejemplo, la aplicabilidad de los reglamentos está referida a los órganos administrativos, pero no a los jueces que, dado el caso, tienen el deber de cuestionarse la legalidad de estas normas e incluso deben dejar de aplicarlas en los casos que las consideren inconstitucionales.

Los órganos aplicadores usan los criterios de aplicabilidad que pueden hallar en alguna de las normas de su sistema jurídico. Con estas normas identifican una propiedad que debe ser satisfecha por las normas que integran el conjunto de normas aplicables y también imponen a los órganos aplicadores la obligación específica de aplicar la norma más relevante.

Como antes se dijo, y este es el aspecto de la noción de aplicabilidad que me interesa subrayar, la identificación de las normas aplicables a un caso supone la utilización de un criterio, cuyo resultado es que pueden indicar como aplicables no sólo normas que pertenecen al sistema jurídico, sino también normas no pertenecientes a tal sistema jurídico.

Este es un rasgo de lo que Raz denomina la naturaleza abierta del Derecho, esto es, la capacidad de los sistemas jurídicos de imponer normas, convertirlas en jurídicamente vinculantes para individuos y jueces a pesar de que no han sido creadas por los órganos jurídicos competentes [27]. De esta manera, el Derecho puede imponer y apoyar normas que han sido creadas por otros grupos sociales.

Por otro lado, además de la distinción entre aplicabilidad y validez, también es conveniente separar la aplicabilidad de la vigencia. En efecto, Bulygin distingue cuidadosamente la vigencia de una norma de su validez, tanto en el sentido de pertenencia a un sistema como en el sentido de aplicabilidad:

> «Los conceptos de validez, obligatoriedad y vigencia designan propiedades compatibles, pero independientes. Dado que en la filosofía jurídica se halla muy arraigada la tradición terminológica que asocia "validez" con "obligatoriedad", resulta particularmente importante subrayar la independencia de los respectivos conceptos» [28].

---

[26] Sobre la distinción entre validez y aplicabilidad véase: BULYGIN, Eugenio: «Tiempo y validez»; *Análisis lógico y Derecho*; Centro de Estudios Constitucionales, Madrid; NAVARRO, Pablo-MORESO, José Juan: «Aplicabilidad y eficacia de las normas jurídicas»; *Isonomía*, 5, Oct. 1996, p. 125. Una versión algo distinta se encuentra en *Law and Philosophy*, 16, 1997, pp.201-219.

[27] RAZ, Joseph: *The Authority of Law*; Clarendon Press, Oxford.

[28] BULYGIN, Eugenio: «Sentencia judicial y creación de Derecho»; op. cit., p. 365.

Según Bulygin, la vigencia es un predicado descriptivo (disposicional) que se aplica a definiciones y normas generales y que admite grados: puede ser más o menos vigente. En cambio la aplicabilidad no es un predicado del que pueda afirmarse la graduabilidad: una norma es aplicable a un caso individual o no es aplicable.

Una vez examinadas las principales características de la noción de aplicabilidad se está en disposición de calibrar su alcance explicativo de las normas irregulares.

Aplicabilidad y normas irregulares

El esquema conceptual que distingue entre la validez y la aplicabilidad permite explicar algunos fenómenos característicos de los ordenamientos jurídicos complejos (las normas receptadas, la ultraactividad, etc.), entre los que cabe citar el de las normas irregulares, pero éstas a diferencia de los demás supuestos presentan algunas particularidades que requieren explicitarse. Es característico de las normas irregulares que no pertenecen a ningún sistema jurídico de ningún orden jurídico, siendo sin embargo, algunas de ellas obligatorias en determinados casos y para determinadas autoridades jurídicas. Como señala Bulygin,

> «Puede suceder incluso que una norma sea aplicable a un determinado caso, a pesar de que esa norma no pertenezca a ningún sistema del orden jurídico en cuestión y tampoco a ningún sistema de ningún orden jurídico.» [29]

Por otro lado, la aplicabilidad de las normas irregulares puede ser provisional o definitiva, según los casos.

Antes definí las normas irregulares como aquellas normas inválidas, vigentes y aplicables y señalé que el principal problema explicativo es conjugar el dato de su invalidez con la obligación que tienen ciertos órganos de aplicar tales normas a un caso individual. Dado que la noción de aplicabilidad es relativa a ciertos casos y autoridades, se requeriría un examen pormenorizado que excede la pretensión de este trabajo. No obstante, trataré de ofrecer una fundamentación general de la aplicabilidad.

Como antes apunté, uno de los fundamentos de la aplicabilidad de las normas que no pertenecen a un sistema jurídico es la naturaleza abierta del Derecho. Sin embargo, la aplicabilidad de las normas irregulares debe completarse con otros fundamentos: la seguridad jurídica o el orden público. Así, piensa Hart al referirse al hecho de que ciertos pronunciamientos judiciales son jurídicamente efectivos aún cuando nulos:

---

[29] BULYGIN, Eugenio: «Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos», DOXA, 9, 1991, p. 267.

> «Obviamente, es en interés del orden público que la decisión de un tribunal debe tener autoridad de derecho hasta que un tribunal superior declare su invalidez, aún cuando se trate de una decisión que jurídicamente el primero no debió haber dictado». [30]

En efecto, la aplicabilidad de ciertas normas inválidas encuentra su fundamento en la seguridad jurídica, pues dado que el Derecho es un orden que pretende regular conductas sociales, parece conveniente que las decisiones de las autoridades públicas no queden bloqueadas por eventuales recursos que cuestionen su validez. Por ello, es común que haya normas en el sistema jurídico que instituyan la aplicabilidad de aquellas mientras no sean declaradas nulas, como también que se establezcan presunciones de validez a favor de las normas creadas por determinados órganos. Kelsen, desde el punto de vista de la teoría del Derecho ya había señalado este rasgo:

> «Por lo común, se constata una tendencia a tratar los actos de las autoridades públicas, aun irregulares, como válidos y obligatorios hasta tanto que otro acto de otra autoridad no los haga desaparecer».[31]

Y en parecidos términos se expresaba Hart, cuando se refería al supuesto de una decisión judicial irregular:

> «... mientras no sea dejada sin efecto en la alzada sigue siendo una resolución jurídicamente efectiva entre las partes, que será ejecutada» [32].

Ejemplos de estos mecanismos pueden encontrarse en el Derecho español donde juega un papel fundamental la presunción de constitucionalidad de las leyes y la presunción de legalidad de los actos administrativos. Así por ejemplo, el artículo 30 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional establece:

> «La admisión de un recurso o una cuestión de inconstitucionalidad no suspenderá la vigencia ni la aplicación de la ley, de la disposición administrativa o del acto con fuerza de ley».

En relación con la Administración, sus actos gozan también de la presunción de validez, pues así lo dispone el art. 57 Ley de Procedimiento Administrativo:

> «Los actos de la Administración Pública sujetos al Derecho Administrativo se presumirán válidos y producirán efectos desde la fecha en que se dicten, salvo que en ellos de disponga otra cosa».[33]

---

[30] HART, H.L.A.: *El concepto de Derecho*; Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1963 [1961]. Trad. Genaro Carrió, p. 38.

[31] KELSEN, Hans: «La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)»; op. cit., p. 122.

[32] HART, H.L.A.: *El concepto de Derecho*; op.cit., p. 38

[33] «Los actos administrativos son inmediatamente eficaces y la Administración puede, incluso, materializar esa eficacia imponiendo la ejecución forzosa de los mismos, sin esperar a

En lo que hace referencia al Derecho Privado, los contratos son normas de obligatorio cumplimiento para las partes [34]. Sin embargo, como también había señalado Kelsen, en este ámbito, la presunción de validez no es tan fuerte como en el Derecho Público y por ello, las causas de nulidad tienen un mayor juego.

Por lo general, la dogmática sostiene, aunque no de una manera muy unánime, que la presunción tiene dos consecuencias: la validez y la aplicabilidad de las normas. En relación con la primera consecuencia, una parte de la dogmática afirma que la norma ingresa en el sistema jurídico y, por ello, cuando, por ejemplo, el Tribunal Constitucional declara la inconstitucionalidad de una ley, señalan que lo que se produce es la expulsión del sistema jurídico.

En relación con la segunda consecuencia de la presunción de validez, los dogmáticos suelen decir que lleva adherida la «eficacia», término que aquí podemos entender como sinónimo de «aplicabilidad» [35], ya que suponen, que una vez promulgada la norma los órganos jurídicos tienen el deber de aplicarla. Por ello, y en términos generales, la norma en cuestión, a pesar de su invalidez, produce efectos jurídicos, entendiendo por tales que sea considerada jurídica y por ende, aplicable por los órganos involucrados.

Sin embargo, hay que señalar que esta concepción de la presunción de validez de las normas elaborada por la dogmática está afectada de un cierto solapamiento entre las nociones de validez y aplicabilidad. Precisamente, lo que muestra esta distinción es que la presunción de validez no supone que la norma en cuestión ingrese en el sistema, ni que deba tomarse como tal. Su consecuencia central es que los órganos a los que se dirige la norma tienen la obligación de aplicarla al caso individual, al menos, hasta que se produzca una sentencia anulatoria

Ahora bien, la presunción de validez y por tanto, la aplicabilidad de la norma no se extiende a cualquier tipo de irregularidad. En efecto, aquí es preciso distinguir entre la diferente relación que existe entre la inexistencia, la nulidad y la anulabilidad con la aplicabilidad.

---

que se resuelva sobre su validez, en el supuesto de que esta haya sido cuestionada [...] el acto radicalmente nulo puede modificar la realidad jurídica como si fuera un acto válido». GARCÍA DE ENTERRÍA, E.-FERNÁNDEZ, T.R.: *Curso de Derecho Administrativo* (I); op. cit., p. 604 y 605.

[34] Art. 1.278 Código Civil: «Los contratos serán obligatorios, cualquiera que se la forma en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurran las condiciones esenciales para su validez»

[35] GUASTINI: *Le fonti del Diritto e l'interpretazione;* Giuffrè, Milano, 1993, p. 33.

Aplicabilidad, inexistencia, nulidad y anulabilidad

En un apartado anterior señalé que no se acostumbra encontrar en la dogmática jurídica el uso de la expresión «norma irregular». Es habitual que se refieran a este problema cuando analizan la inexistencia, la nulidad y anulabilidad como defectos que pueden afectar a los distintos tipos de normas y actos jurídicos. A continuación realizaré una breve exposición de estas instituciones y su conexión con las nociones de validez y aplicabilidad.

Se suele entender por inexistencia de una norma el hecho de que carezca de las más indispensables y evidentes características que permiten calificarla como jurídica, puesto que viola las disposiciones relevantes que reglamentan su producción. Esto provoca que no tenga apariencia de tal, y por ello, no hace falta acudir al juez para declarar su nulidad: por ejemplo, la orden de que cese la lluvia, una pena de muerte impuesta por un alcalde, un Decreto dictado por un particular, etc.

La dogmática suele definir las normas nulas como aquellas que están afectadas por un vicio de la suficiente gravedad que les impide constituirse en válidas. La norma nula es, por lo general ineficaz, no es necesaria la intervención judicial, y además, los efectos que hayan podido generarse deben ser considerados como no producidos. Por esta razón, el Derecho se preocupa de establecer mecanismos de retorno a la situación inicial o bien, de resarcir los daños ocasionados. Como consecuencia de la gravedad del vicio y de la circunstancia de que el fundamento de esta institución es la protección del orden público, la nulidad es declarable de oficio, y con efectos *erga omnes*, no puede ser objeto de convalidación, no puede ser sanada, no hay plazo de prescripción, etc.

En contraste con la institución de la nulidad, la anulabilidad tiene como finalidad la defensa de los intereses particulares, lo cual explica, junto con la menor gravedad de las infracciones, que se permita, como sucede en el Derecho Privado, la convalidación del contrato viciado o que sólo puedan impugnarlo las partes afectadas. Pero quizá la diferencia más sobresaliente está en que, generalmente, los efectos generados por la norma anulable son considerados obligatorios, al menos hasta que no se produzca una declaración judicial que declare su nulidad.

En esta construcción teórica se han destacado entre otros, los siguientes problemas. En primer lugar, la falta de claridad en la distinción entre las normas nulas y la inexistencia. Una parte de la doctrina se muestra contraria a la categoría de la inexistencia porque sus consecuencias jurídicas no pueden distinguirse de las que se derivan de la nulidad: la invalidez. Sin embargo, a diferencia de la inexistencia, el contrato nulo puede tener apariencia de tal, y en consecuencia, generar efectos entre las partes. Esto es lo que

motiva que pueda ser necesaria la sentencia anulatoria de un tribunal para deshacer esos efectos. Esto todavía es más acusado en el ámbito del Derecho Público, pues el poder de la Administración ocasiona la producción de efectos sociales y jurídicos inmediatamente. Y si no se produce la impugnación del particular afectado, tales efectos se convierten en inatacables rápidamente.

El segundo problema tiene que ver con la caracterización de la naturaleza de la anulabilidad. La doctrina ha discutido recurrentemente acerca del carácter de las normas anulables, pues una parte de los dogmáticos las califican de válidas y otra parte, de inválidas.

Una vez examinada la distinción entre las diferentes consecuencias que se atribuyen a la inexistencia, la nulidad y la anulabilidad, podemos extrapolar la distinción entre validez y aplicabilidad y ver qué alcance explicativo ofrece de los problemas planteados.

En relación con los contratos o normas a los que se califica como inexistentes, parece se podría calificar a este tipo de presuntas normas jurídicas como inválidas e inaplicables.

En cuanto al carácter de la nulidad, puede decirse que la norma nula es inválida y, por regla general, inaplicable. Debido a la gravedad del incumplimiento, se estima que la norma nula carece de validez y es inaplicable, incluso cuando es el caso de que haya producido efectos y a pesar de que su nulidad no haya sido juzgada. Esta interpretación permite reconstruir lo que los juristas quieren decir cuando señalan que las normas nulas carecen de «eficacia».

Ahora bien, acabo de decir que por regla general las normas nulas son inaplicables. Esto requiere una matización, pues parece necesario destacar la diferencia de régimen que se da entre el Derecho Público y el Derecho Privado. Las normas dictadas al amparo del Derecho Público gozan, como antes se señaló, de una presunción de validez mucho más fuerte, lo cual supone que, por ejemplo, las leyes, a pesar de su nulidad sean aplicables para determinados órganos [36]. Las normas y actos administrativos son inmediatamente eficaces y la Administración puede, incluso, materializar esa aplicabi-

[36] Este rasgo de los sistemas jurídicos ha sido destacado entre otros, por Bulygin y Guastini: «La distinción entre normas válidas e inválidas es relevante, sobre todo, para el problema de la anulación de normas. Las normas inválidas no sólo pueden ser derogadas, sino también anuladas. *Pero las normas inválidas son obligatorias mientras no hayan sido anuladas*». BULYGIN, Eugenio: «Sentencia judicial y creación de derecho», p. 365. [el subrayado es mío]. «[E]n muchos países europeos las leyes existentes (aunque inválidas) deben ser aplicadas por los tribunales hasta que su invalidez no sea positivamente "declarada" por la corte constitucional». GUASTINI, Riccardo: «In tema di norme sulla produzione giuridica»; *Analisi e Diritto*, 1995, p. 308.

lidad imponiendo la ejecución forzosa de los mismos, sin esperar a que se resuelva sobre su validez, en el supuesto de que esta haya sido cuestionada[37].

En cambio, en el Derecho Privado la nulidad tiene como consecuencia lo que habitualmente llaman «ineficacia radical», esto es, que no produce ni debe producir obligaciones jurídicas. Esto no quiere decir que produzca efectos entre las partes sino que no debería haberlos producido, y por ello, deben ser «eliminados» y restituirse la situación original. Por lo tanto, en términos generales, el contrato nulo es inaplicable, con independencia de los efectos producidos. Ahora bien, también hay supuestos en los que el Derecho estima que debe producirse una consolidación de los efectos de un contrato inválido, es decir, que a pesar de la nulidad, es aplicable para determinados casos y órganos[38].

Distinta es la situación de las normas afectadas de un vicio de anulabilidad. Aquí existe una importante discusión acerca de la naturaleza del contrato, en el sentido de si es inválido o tiene una validez claudicante. Pues bien, parece claro que con independencia del vicio que puede fundamentar una sentencia anulatoria, tal norma es aplicable, «eficaz» y genera obligaciones. Ahora bien, tal aplicabilidad es claudicante, pues el vicio puede originar una impugnación que acabe en una declaración de nulidad. Por lo tanto, las normas afectadas de una causa de anulabilidad, aunque inválidas, gozan de aplicabilidad. Pero esta aplicabilidad es provisional en función de una eventual sentencia anulatoria.

Así pues, existe una relación entre la aplicabilidad y la presunción de validez de la que se benefician determinados normas. En este sentido, la presunción de validez supone únicamente, como antes señalé, que ciertos órganos deben aplicar ciertas normas, pero esto no afecta a la validez. Por ello, si el órgano aplicador tiene una duda relevante acerca de la validez de una norma entonces, puede elevar tal incertidumbre al tribunal pertinente para que se pronuncie sobre la validez o invalidez de aquella. El caso paradigmático de este tipo de casos son las cuestiones de inconstitucionalidad.

La declaración de inconstitucionalidad, como cualquier otra sentencia con valor de cosa juzgada que resuelva sobre la validez de una norma jurí-

---

[37] GARCÍA DE ENTERRÍA-FERNÁNDEZ, T.R.: *Curso de Derecho Administrativo* (I), op. cit., p. 604.

[38] Por ejemplo, un Registrador no puede denegar la inscripción de un préstamo hipotecario por apreciar que existe alguna cláusula abusiva de las no tipificadas expresamente en la legislación vigente, porque la determinación de si el contenido contractual es o no contrario a la buena fe y al justo equilibrio de las prestaciones es una tarea que nuestro ordenamiento jurídico encomienda al juez, y no a un órgano administrativo. Otros ejemplos: cuando la ilicitud de la causa u objeto del contrato procede de delito o falta común a ambos contratantes, ambos carecen de toda acción entre sí, o, el supuesto de preservación de los efectos contractuales en caso de terceros de buena fe. Estos ejemplos me han sido sugeridos por José Juan Moreso.

dica puede ser interpretada como una sentencia declarativa de la validez, pero constitutiva de la aplicabilidad [39]. En este sentido, mientras la validez o invalidez de la norma o contrato es independiente de otras consideraciones, y en especial, de la declaración de un tribunal, la aplicabilidad de una norma es provisional dado que puede claudicar cuando un tribunal declare su invalidez. En este caso, la declaración de inconstitucionalidad de una ley inválida no supone la eliminación de la pertenencia al sistema jurídico, porque nunca perteneció, pero sí supone, en el caso de que tenga valor de cosa juzgada, el cese definitivo de la aplicabilidad [40]. De esta manera, la distinción entre la validez y la aplicabilidad y su relación con las sentencias con valor de cosa juzgada puede conectarse con la distinción de Hart entre la definitividad de una decisión judicial y su infalibilidad: una decisión con valor de cosa juzgada es definitiva, en el sentido que establece la aplicabilidad de la norma en cuestión al caso concreto, pero no es infalible, en el sentido que puede haberse equivocado al evaluar la validez o invalidez de la norma.

En relación con el cese definitivo de la aplicabilidad, es conveniente señalar que el concepto de aplicabilidad no sólo es relativo a un caso individual y al órgano encargado de aplicarla, sino que también lo es en otro sentido. En efecto, la aplicabilidad de una norma puede tener una distinta fuerza según el órgano jurídico que la establezca.

En este sentido, el papel de los órganos legislativos y judiciales sobre la aplicabilidad de una norma es distinto. La aplicabilidad de una norma creada por una autoridad legislativa es provisional, en el entendido de que está a merced de una eventual declaración judicial que puede convalidarla o cesarla definitivamente. La decisión de un tribunal acerca de la validez de la norma incide de una manera especialmente relevante en su aplicabilidad. La resolución judicial tiene sobre el caso enjuiciado efecto de cosa juzgada material, lo cual supone que es inimpugnable y que el resultado procesal es inatacable, es decir, que se precluye la posibilidad de que por medio de otro proceso se emita una decisión que contradiga lo decidido. En este sentido, la sentencia añade a la aplicabilidad de la norma un carácter de definitividad que no tenía anteriormente. Por otro lado, parece que los tribunales que ocupan la grada superior de la jerarquía judicial, como es el Tribunal Cons-

[39] GUASTINI, Riccardo: «Problemi di analisi logica delle decisioni costituzionali»; *Analisi e Diritto*, 1990, p. 93-94. MORESO MATEOS, José Juan: «Sobre normas inconstitucionales», op.cit. p. 109. AGUILÓ, Josep: *sobre la derogación*, Fontamara, México, 1995, p. 104.

[40] BULYGIN, Eugenio: «Cognition and Interpretation in Law», op.cit., p. 24. De igual manera, cuando se trata de un acto administrativo nulo, la doctrina se pronuncia en términos muy parecidos, pues se interpreta que objeto de la impugnación es únicamente hacer claudicar la eficacia [aplicabilidad]. Véase GARCÍA DE ENTERRÍA, E.-FERNÁNDEZ, T.R.: *Curso de Derecho Administrativo* (I); op.cit., p. 605.

titucional o el Tribunal Supremo están menos vinculados a aplicar una norma que un tribunal de primera instancia, aunque sólo sea por el hecho de que los primeros pueden cambiar la interpretación de un enunciado normativo.

Por otro lado, es importante señalar la incidencia que tiene sobre la aplicabilidad de una norma el pronunciamiento de un tribunal constitucional en un sistema de control jurisdiccional concentrado como es el caso de nuestro Tribunal Constitucional, cuyo juicio sobre la validez de la norma va más allá de su incidencia sobre el caso juzgado [41]. Como intérprete supremo de la Constitución, sus sentencias tienen carácter vinculante para todos los órganos del Estado. En este sentido la distinción entre aplicabilidad provisional y definitiva puede relacionarse con la idea de Kelsen que la validez de la norma es provisional hasta que no se produce una decisión judicial de última instancia, que convierte la validez de la norma en definitiva. De este modo, también se entiende su idea de que lo que más importa para la validez de las normas, en el sentido de obligatoriedad, es el pronunciamiento de los tribunales.

Pero en el juicio de validez el Tribunal Constitucional puede no ser certero y, por lo tanto, equivocarse, declarar válida una norma inválida y viceversa. ¿En qué medida afecta esto a la aplicabilidad de la norma? Aquí, es preciso distinguir dos supuestos.

Un primer caso es aquel de una norma válida pero que el Tribunal declara inválida. Según lo dicho, la norma no deja de ser válida, pero sí que cesa de ser aplicable al caso concreto: los jueces o la Administración dejan de estar obligados a aplicar tal norma.

Un segundo supuesto es el de una norma inválida que es declarada válida. La explicación que ofrece esta distinción conceptual es que la norma, al margen del pronunciamiento judicial, sigue siendo inválida. Ahora bien, tal sentencia la convierte en definitivamente aplicable al caso, ya que hasta el momento, su aplicabilidad era únicamente provisional.

Con la distinción entre validez y aplicabilidad, se ofrece una explicación plausible de algunas de las diversas categorías de invalidez y de su papel en la práctica jurídica. Si se adopta la clasificación habitual entre la inexistencia, nulidad y anulabilidad, entonces el esquema conceptual delineado en

[41] El artículo 38 de la LOTC establece que las sentencias recaídas en los procedimientos de inconstitucionalidad tendrán el valor de cosa juzgada y vincularán a todos los poderes públicos y producirán efectos generales desde la fecha de su publicación en el BOE. En relación con esta cuestión es necesario señalar las diferentes consecuencias que surgen de un sistema de control difuso y uno de control concentrado. En el primero, si el juez declara la inconstitucionalidad el resultado no es la invalidez, sino únicamente la no aplicación. En cambio, en el segundo la declaración de inconstitucionalidad supone, como regla general, la invalidez.

estas páginas (y con las salvedades expuestas) permite afirmar que las tres categorías suponen la invalidez de la norma en cuestión, y las diferencias estriban en su aplicabilidad: la inexistencia está vinculada con la inaplicabilidad, la nulidad en ocasiones supone la aplicabilidad, pero en otras, la inaplicabilidad y, por último la anulabilidad está vinculada con la aplicabilidad provisional.

Finalmente, trataré de extrapolar esta construcción teórica a algunos supuestos discutidos por la dogmática con el objetivo de mostrar su alcance explicativo.

La dogmática jurídica y algunos supuestos de aplicabilidad

El problema de la invalidez de las normas jurídicas también ha preocupado intensamente a la dogmática jurídica. La acomodación de estos supuestos en las diferentes categorías elaboradas por los juristas no puede decirse que haya suscitado unanimidad. Como reflejo de esta situación, valga esta cita de Diez-Picazo al referirse al régimen de la ineficacia de los contratos, esto es, los supuestos en los que el Derecho reacciona frente a las diversas irregularidades contractuales:

> «Definir la ineficacia y situarla en el campo de los conceptos jurídicos constituye una tarea que no resulta nada fácil. Por lo pronto, la terminología usual no se encuentra fijada y es en muchas ocasiones equívoca. Se utilizan los conceptos de nulidad, anulabilidad, validez, invalidez, rescisión, etc., a veces extrañamente entremezclados...» [42].

Pero por otro lado, existe la tendencia a tratar de explicar todo el fenómeno jurídico con una sola categoría, la validez, sin tomar en consideración el aspecto de la aplicabilidad. Sirva como botón de muestra este párrafo de Rubio Llorente:

> «Mi duda (no la única) la suscita, claro está, la disociación entre las categorías de validez y aplicabilidad... Si la validez es el criterio de lo jurídico, la nota distintiva, la condición necesaria y suficiente que hace de un enunciado deóntico norma jurídica, elemento de un sistema dado, no veo posibilidad alguna de distinguir categorialmente entre validez y aplicabilidad. Todas las normas válidas son, por serlo, normas aplicables... Y en sentido opuesto, no pueden existir normas aplicables que no sean también normas válidas...» [43]

Esta concepción que liga indisolublemente validez y aplicabilidad genera dificultades a la hora de explicar ciertas situaciones jurídicas complejas. A continuación se examinarán dos de estos supuestos y la posible solución tomando como referencia la distinción entre validez y aplicabilidad.

---

[42] DÍEZ-PICAZO, Luis: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*; Tecnos, Madrid, 1997, p. 424.

[43] RUBIO LLORENTE, Francisco: Prólogo a REQUEJO PAGÉS, Juan Luis: *Sistema normativos, Constitución y ordenamiento;* McGraw Hill, Madrid, 1995, p. XII.

1. Leyes estatales que afectan a competencias de una determinada Comunidad Autónoma

Según el art. 39.1 de la LOTC, la declaración de inconstitucionalidad de una disposición lleva aparejada su nulidad:

> «Cuando la sentencia declare la inconstitucionalidad, declarará igualmente la nulidad de los preceptos impugnados...».

Así pues, si el Tribunal Constitucional considera que una ley es inconstitucional, deberá declarar la nulidad de pleno derecho de la ley enjuiciada, por medio de una sentencia declarativa que habrá de producir efectos *ex tunc.*

Recién promulgada la Constitución y la LOTC, la dogmática constitucionalista percibió que la ecuación inconstitucionalidad-nulidad sería problemática dada la experiencia en otros ordenamientos jurídicos. En efecto, en Alemania existía el precedente de una disposición similar al art. 39.1 LOTC, respecto de la cual la práctica jurisprudencial se había alejado, al separar la consecuencia de la inconstitucionalidad de la nulidad [44].

Un supuesto en el que el Tribunal tuvo que pronunciarse sobre esa ecuación fue aquel en el que una disposición estatal infringía las competencias atribuidas a una Comunidad Autónoma por su Estatuto. En el sistema jurídico español, dado su peculiar sistema de delimitación competencial entre los poderes estatales y autonómicos no es infrecuente que se produzcan declaraciones de inconstitucionalidad de una ley del Estado por referencia únicamente a una determinada parte del territorio.

Sin embargo, esto planteaba un problema pues, como se ha visto, el artículo 39 LOTC establece la vinculación entre la declaración de nulidad e inconstitucionalidad. Ante esta situación, el TC se ha visto compelido a distorsionar el sentido del art. 39 LOTC, pues la ley estatal en cuestión puede ser válida en algunas Comunidades Autónomas, pero no en otras. ¿Qué ocurre en estas CCAA? ¿Es válida o inválida? El Tribunal Constitucional ha señalado en relación con estos supuestos que «la nulidad es, en efecto, un vicio que afecta a la validez de las normas, y choca, por tanto, con el recto uso de las categorías jurídicas declarar la nulidad de una disposición que es plenamente válida en otras partes del territorio nacional» (STC 80/1985, de 5 de julio, F.3, sentencia de la que fue ponente el magistrado F. Rubio Llorente). En conclusión, el TC estimó que no podía aplicarse el efecto «erga omnes» característico de la declaración de nulidad a estas disposiciones.

Este supuesto, que como reconoce el TC choca con el «recto uso de las categorías jurídicas» puede ser explicado de otra manera señalando que la norma estatal en cuestión es válida y aplicable en algunos territorios, mien-

---

[44] BOCANEGRA, Raúl: *El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional;* op. cit., p. 238.

tras que en otros es válida, pero inaplicable. Curiosamente, Rubio Llorente sobre este supuesto afirma que en rigor, en la mayor parte de los casos, ni siquiera cabe hablar de invalidez, pues el Derecho estatal tiene siempre valor supletorio (art. 149.3 CE), con lo que al declarar la inconstitucionalidad, el Tribunal, sin anular la norma, ha de limitarse a precisar que ésta no es aplicable en el territorio de la Comunidad impugnante [45].

En este sentido, podría decirse que la sentencia del TC se constituye en una norma que reglamenta el ámbito de eficacia (aplicabilidad) de la norma impugnada en lo que hace referencia a su ámbito espacial [46].

2. El saneamiento del contrato anulable

Una de las características que particularizan al contrato anulable respecto del contrato nulo, es que es susceptible de sanar por el transcurso del tiempo [47]. El no ejercicio de la acción de nulidad y el consentimiento expreso o tácito de quien puede ejercitarla producen el efecto sanatorio [48], y por lo tanto, el negocio se vuelve válido. Como se ve, esta es una situación similar a los efectos de la cosa juzgada, y por ello, se plantean similares interrogantes.

La dogmática civilista ha discutido esta transformación. Una parte de los civilistas opina que el negocio era inválido y lo que se produce con el paso del tiempo es una sanación que convierte al negocio en válido, es decir, que con la sanación se produce la validez donde antes no existía.

En cambio otro sector doctrinal es de la opinión que el transcurso del plazo no corrige ni borra la irregularidad que afectaba al contrato, sino que los efectos del tiempo se hacen notar en la eficacia. La confirmación no borra la irregularidad, pero suprime la principal consecuencia de ella, que es su sanción jurídica, la ineficacia, esto es la aplicabilidad.

Parece que esta segunda teoría puede ser explicada con la distinción entre validez y aplicabilidad. La confirmación o sanación, en sentido estricto, no borra la irregularidad, por lo que no puede decirse que el contrato pase a ser válido: el vicio invalidante subsiste y la consecuencia adherida, la invalidez, no desaparece [49]. Ahora bien, sería plausible decir que el efecto sanatorio por el transcurso del tiempo afecta no a la validez, sino a la aplica-

[45] RUBIO LLORENTE, Francisco: *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución española*; Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p 387.

[46] Véase GUASTINI: *Le fonti del Diritto e l'interpretazione;* Giuffrè, Milano, 1993, p. 33

[47] DÍEZ PICAZO, Luis: *Fundamentos de Derecho Civil patrimonial*, op. cit., p. 470 y ss.

[48] La caracterización de este saneamiento (confirmación) es ampliamente discutido entre la doctrina civilista, en las que se han señalado diversas teorías explicativas. Véase DÍEZ PICAZO, Luis: *Fundamentos de Derecho Civil patrimonial*, op. cit., p.471 y ss.

[49] «Cuando una norma sólo puede ser anulada dentro de un cierto plazo, vencido éste sin que se haya producido la anulación, la cuestión de su invalidez deja de tener relevancia». BULYGIN, Eugenio: «Sentencia judicial y creación del derecho»; op. cit., p. 365.

bilidad. Si hasta el momento se trataba de un negocio irregular y aplicable provisionalmente, a partir del momento sanatorio, el negocio se convierte en un negocio aplicable de manera definitiva y por eso, se borra definitivamente la posibilidad de que sea declarado inaplicable (ineficaz). En definitiva, hasta ese momento el contrato era inválido y aplicable, pero sólo provisionalmente. Pero si lo que ocurre es que transcurre el plazo sanatorio se convierte en aplicable definitivamente.

En este trabajo me he preguntado por el problema de las llamadas «normas irregulares». He asumido como punto de partida que estas normas son inválidas, pero también, vigentes y obligatorias. Después de rechazar la propuesta explicativa de Kelsen por diluir el problema al calificar a las normas irregulares como válidas, he sugerido adoptar la distinción entre validez y aplicabilidad. En este sentido, he caracterizados las normas irregulares como inválidas, pero aplicables, siendo el fundamento de esta aplicabilidad las presunciones de legalidad que suelen ser corrientes en los sistemas jurídicos, a través de las cuales tratan de hacerse efectivos los principios de seguridad jurídica y orden público. Por otro lado, he tratado de conectar esta respuesta con la teoría que la dogmática jurídica ha elaborado sobre los distintos tipos de invalidez: la inexistencia, la nulidad y la anulabilidad. La conclusión ha sido que estas categorías asumen la invalidez de norma, pero la cuestión de la aplicabilidad debe ser examinada en cada caso. Cuando se trata de la inexistencia, tal pretendida norma jurídica es inaplicable; cuando se trata de la nulidad, hay casos en que las normas son aplicables y otros en que son inaplicables. Y, por último, cuando se trata de la anulabilidad, la regla general es la aplicabilidad.

Vittorio Villa

«CONSTRUCTIVISMO Y TEORÍA DEL DERECHO»

DOXA 22 (1999)

CONSTRUCTIVISMO Y TEORÍA DEL DERECHO

Vittorio Villa
Universidad de Palermo

1. Introducción

Dado que el tema de esta mesa redonda es de carácter muy general, me parece una buena ocasión para presentar los resultados de una investigación en la que he estado trabajando muchos años y de la que hasta ahora sólo he dado a conocer conclusiones parciales (en la forma de ensayos de ocasión); sin embargo, finalmente esta investigación va a ver la luz en forma completa, en una monografía titulada «Costruttivismo e teoria del diritto» que aparecerá en Giappichelli, en la colección dirigida por Paolo Comanducci y Ricardo Guastini. Ciertamente, creo que algunos de los resultados de mi investigación están en perfecta sintonía con el tema propuesto: en el fondo, lo que trataré de hacer en esta ponencia es proponer una reconversión (ante todo epistemológica) de algunos presupuestos comunes de las teorías jurídicas analíticas contemporáneas, probando de examinar algunas de las posibles implicaciones que para la teoría del Derecho supondría la adopción de la perspectiva epistemológica que llamo «constructivista».

He dicho que la reconversión debe ser «ante todo epistemológica» porque desde hace tiempo estoy convencido de que en la base de la teoría del derecho analítica de inspiración iuspositivista, hoy dominante, hay presupuestos epistemológicos (en gran medida implícitos) que acaban por determinar las coordenadas fundamentales de un cierto modo de hacer teoría del Derecho, y también de orientar la práctica jurídica. Lo que quiero decir es que una determinada teoría del conocimiento (y una cierta imagen del lenguaje cognoscitivo) influye profundamente en el modo de formular y de resolver algunas cuestiones fundamentales de la teoría jurídica. Este tipo de actitud teórica es sustancialmente compartida, entre otros, por uno de los participantes en esta mesa redonda, por Ricardo Guastini.

Estoy convencido además de que la teoría jurídica contemporánea de inspiración analítica atraviesa un momento de crisis, y de que ésta no puede superarse moviéndose sólo en el plano teórico; es necesario intervenir en

el plano epistemológico para primero identificar y después eliminar las raíces «profundas» de estas dificultades.

2. La imagen epistemológica constructivista

Siguiendo el esquema de mi libro, pero respetando también la concatenación lógica de los temas, el primer punto que voy a tratar es el de la imagen epistemológica constructivista. Ello exige un enorme esfuerzo de síntesis, no en vano en el libro su desarrollo ocupa unas 120 páginas muy densas. Intentaré, en cualquier caso, exponer muy esquemáticamente algunos aspectos fundamentales.

2.1. Constructivismo y filosofía analítica

«Constructivismo» es un término ambiguo que en la filosofía contemporánea significa cosas –incluso muy– diversas: yo examino ocho significados diferentes («constructivismo ético-político», «constructivismo del orden social», «constructivismo institucional», «constructivismo sistémico», «constructivismo social», «constructivismo empírico», «constructivismo sociológico», «constructivismo post-positivista»). Dejando de lado el análisis de los diversos significados y de las relaciones entre ellos, me interesa ahora el último: el *constructivismo post-positivista*. Se trata de una orientación que forma parte plenamente de la filosofía analítica, comparte la epistemología de orientación analítica en el sentido de que se inserta de manera estable en esta tradición de investigación, comparte problemas, métodos, estilos de análisis. En particular, esta orientación representa una de las fases históricas de la reflexión epistemológica (genéricamente *post-positivista*) de la filosofía analítica después de la crisis del neopositivismo. En esta crisis, que tuvo lugar hacia finales de los años «60», se injertaron algunas tendencias más o menos marcadamente relativistas (Kuhn y Feyerabend); y después, a partir de éstas se produjo una reacción orientada hacia el realismo (el *realismo científico*). Ahora bien, el constructivismo representa un intento de responder a ambos desafíos (el del *realismo*, de una parte, y el del *relativismo*, de otra) y trata de recorrer un camino intermedio al de las alternativas representadas por *el realismo y el antirrealismo, el objetivismo y el relativismo*; ello supone una ampliación del campo de discusión, ésta no se limita sólo al campo, ya demasiado «arado», del conocimiento científico, sino que se extiende también a otras formas de conocimiento (en particular al *conocimiento de sentido común*). *El constructivismo post-positivista es una teoría general del conocimiento, y no simplemente una teoría de la ciencia.*

El constructivismo post-positivista (en adelante, «constructivismo» a secas) se desarrolla, por consiguiente, a partir de la segunda mitad de los años «70» y debe sus formulaciones más interesantes y elaboradas a los trabajos

de Putnam, Goodman, Elgin, Toulmin, Mary Hesse. De cuanto diré, sin embargo, asumo íntegramente la responsabilidad: en el curso de estos años mi trabajo me ha llevado a elaborar una perspectiva que si bien es deudora de las contribuciones de todos estos autores (y de otros muchos obviamente), tiene una configuración y un desarrollo absolutamente autónomos.

2.2. Constructivismo y esquemas conceptuales

Hay dos características del constructivismo que hacen buena la idea de que trata de situarse a mitad de camino del realismo y del relativismo: la nota del *pluralismo de los esquemas conceptuales* y la de los *vínculos de la actividad cognoscitiva.* En sustancia, el constructivismo pretende configurar el conocimiento como una actividad que puede articularse en torno a diversos esquemas conceptuales (para cada particular campo de experiencia) y que, en consecuencia, puede desarrollar diversas «lecturas interpretativas» de las diferentes porciones de la realidad, pero lo hace de un modo reglamentado por vínculos precisos (no hay nunca una proliferación incontrolada, ni tampoco una rígida uniformidad).

Veamos primero la nota relativa a los esquemas conceptuales. El constructivismo toma de Quine la idea de que el conocimiento se produce siempre desde un punto de vista: no es posible en modo alguno colocarse en una suerte de *cosmic exile* del mundo que permita mirarlo desde la perspectiva del *God's eye view*: no disponemos de un punto de vista externo desde el que determinar cuáles de nuestras posibles «descripciones» se correspondan a un mundo que, según la tesis realista aquí criticada, se considera íntegramente pre-constituido en su composición (en términos de objetos, propiedades, géneros, etc.) con independencia de nuestra intervención cognoscitiva. Esta sería precisamente la perspectiva que Putnam llama *realismo metafísico*. Por el contrario, el conocimiento (científico o no) siempre necesita la mediación de esquemas conceptuales (donde por «esquemas conceptuales» se entiende conjuntos de creencias de diverso tipo jerárquicamente organizadas y relativas a una determinada porción de realidad; creencias que se expresan en conceptos, concepciones, teorías, generalizaciones empíricas, etc.) que ofrecen *reconstrucciones interpretativas* de un determinado campo de experiencia; se trata, en suma, de *reconstrucciones selectivas, parciales y miradas* a través de las cuales el flujo desordenado de *inputs* provenientes del mundo externo, que nos bombardean constantemente, es reordenado y estructurado en torno a objetos, propiedades, géneros, etc.; reconstrucciones que, si bien se mira, podrían incluso producir resultados diferentes respecto de los que se producen en el interior de un determinado contexto. Desde este punto de vista, la realidad nunca contiene *auto-descripciones*: es lo suficientemente maleable para permitir reconstrucciones

diversas en función del contexto histórico-cultural en el que nos movemos, de los intereses explicativos que nos mueven, del tipo de ambiente en el que estamos insertos, etc. En este sentido, la relación con la realidad nunca es *transparente* (el constructivismo rechaza la *transparency thesis*).

En este punto me parece importante aclarar que aquí la locución «interpretación» (y sus derivados) se entiende en su acepción a-técnica más general (queda fuera, por tanto, el sentido específico en el que se habla de «interpretación jurídica»), alude a «un proceso a través del cual con la ayuda de ciertas categorías y de ciertas asunciones de «fondo» presupuestas se asigna a un cierto elemento o dato (o a un conjunto de elementos o de datos), un determinado significado en el interior de una red de nociones interconectadas entre sí». En este sentido, perfectamente se puede decir que la actividad interpretativa acompaña siempre al conocimiento, desde la fase misma de *individualización de los objetos singulares* que forman parte de un cierto campo de experiencia, pasando por la fase del *reconocimiento de sus propiedades relevantes*, hasta la fase de *búsqueda de los principios y de las leyes* que guían su clasificación y, en ocasiones (para cierto tipo de objetos), su «comportamiento».

Pero volvamos a las características del constructivismo: otro aspecto importante está ligado al hecho de que su misma presencia muestra la radical inadecuación de las oposiciones dicotómicas que la epistemología tradicional establece entre *realismo y anti-realismo, objetivismo y relativismo*. Bien mirado, el constructivismo no se reconoce en ninguna de estas perspectivas: se opone tanto al *relativismo fuerte* (porque no puede negarse que el constructivismo sea una *forma débil* de relativismo), como al realismo metafísico; pero se opone también a la concepción que normalmente se contrapone al realismo, esto es, al *anti-realismo*. En particular, la diferencia con este último viene dada por el hecho de que el primero (el constructivismo) se presenta como una perspectiva global; el segundo, por el contrario, al menos tal como normalmente lo configuran sus sostenedores, no se presenta como una alternativa epistemológica completa al realismo, sino que pretende contestar sólo algunos aspectos concretos; no pone en cuestión el hecho de que, en otros aspectos, el realismo pueda mantenerse como concepción «de fondo» (véase al respecto la posición de Dummentt).

2.3. El constructivismo como perspectiva exigente

Como ya he dicho, el constructivismo sólo puede ser mantenido coherentemente si se extiende a todos los dominios del conocimiento; resulta incoherente aceptarlo sólo para el conocimiento científico. Como han mostrado algunos antropólogos (Whorff y Douglas), se aplica también al conocimiento de sentido común. El hecho de que los esquemas de sentido co-

mún nos parezcan en correspondencia natural con la «realidad de todos los días» depende de su fuerte arraigo social y cultural (desde la tierna infancia) y no de un pretendido reflejo entre lenguaje y realidad. Desde este punto de vista, poseer un lenguaje quiere decir compartir un modo de dividir y de representar el mundo a través del uso de categorías y de nociones que si bien son siempre contingentes muchas veces están profundamente «enclavados» en nuestros esquemas «ordinarios» (aunque no tengo el espacio para hacerlo, aquí podría discutirse el sentido en que algunos elementos –conceptuales– del esquema son transcendentales en un sentido diferente al de Kant, pero próximo al de Strawson o de Hampshire).

2.4. Realismo metafísico y descriptivismo

Desde el punto de vista de la relación entre el lenguaje cognoscitivo y la realidad, la perspectiva del realismo metafísico produce una concepción de ese lenguaje que llamo *descriptivista*; esto es, una concepción conforme a la cual el lenguaje cognoscitivo *genuino* es el que se esfuerza por reflejar y reproducir la realidad tal como es (la metáfora de la *mente como espejo*). Ciertamente la reproducción no puede valer para todas las aserciones en una relación «uno a uno», y aquí interviene la dimensión *fundacionalista* del descriptivismo conforme a la cual se puede sostener que las creencias de carácter cognoscitivo están estructuradas en niveles jerárquicos: en la base están las creencias *intrinsically warranted*, las que no se basan en otras creencias pero que reflejan «without distortion what is given in experience» (la definición es de Elgin).

Naturalmente el constructivismo replica que las «descripciones puras» no existen: toda descripción desciende desde un esquema interpretativo, desde una previa reconstrucción selectiva de campo. La mente no es un espejo sino un *reflector*: lanza haces de luces artificiales que sólo pueden iluminar alguna cosa al precio de dejar alguna otra en la oscuridad.

2.5. Constructivismo, relativismo, vínculos

Si se toma en consideración sólo la nota del pluralismo de los esquemas, es decir, si no se le agregan ulteriores cualificaciones, la concepción constructivista puede fácilmente ser interpretada como relativista. Pero el constructivismo no es una concepción relativista, al menos en el sentido fuerte de relativismo, pues éste considera creencias de carácter cognoscitivo las que de hecho son sostenidas desde el consenso de la mayoría de los miembros de una comunidad usando sólo criterios «internos» al esquema adoptado. Pero hay más: el constructivismo, y este es un punto fundamental de mi trabajo, sostiene que con mucha frecuencia los resultados epistemológicos relativistas no son otra cosa que el fruto de compartir premisas objeti-

vistas *demasiado fuertes* (las del realismo metafísico). El relativista sería, en este sentido, *un objetivista o un realista desengañado* que acepta en líneas generales las premisas realistas y descriptivistas, pero que considera que de hecho éstas no pueden ser aplicadas en general o en un determinado dominio de objetos, por lo que se está constreñido a ser relativista. El razonamiento de base desde el cual se mueve el relativista frecuentemente es: «si el conocimiento es descripción, allí donde las descripciones no se dan o no son posibles es el campo de los juicios de carácter subjetivo, sea cual sea el modo en que estos se configuren».

Por el contrario, ser constructivista quiere decir aceptar la otra cara de la moneda, la de los *vínculos* de la actividad cognoscitiva: desde este punto de vista, el conocimiento, a pesar de su total dispersión (y por tanto de su radical irrecognoscibilidad e incomunicabilidad), siempre tiene necesidad de discurrir a través de canales bien visibles, de moverse a lo largo de trazados bien fijados y socialmente compartidos.

No es posible examinar aquí en detalle la amplia serie de vínculos a los que, al menos en mi opinión, el conocimiento está sometido. En el libro se distinguen seis: *vínculos teórico-culturales, vínculos biológicos, vínculos sociales, vínculos lingüísticos, vínculos epistémicos y vínculos pragmáticos.*

Aunque sea de forma esquemática y burda, intentaré decir algo de cada uno de estos vínculos.

En relación con los *vínculos de carácter teórico-cultural*, en líneas muy generales, puede decirse que dependen de la existencia misma de los esquemas conceptuales, en cuyo interior el conocimiento, que es potencialmente difuso, resulta constantemente canalizado de manera que adopta formas estandarizadas y públicamente reconocibles. Desde este punto de vista, el conocimiento está siempre históricamente vinculado por los *conceptos* que presupone y por las concepciones en que se articula (aquí sería necesario hacer un *excursus* sobre los conceptos, pero no tengo tiempo para desarrollarlo).

Por lo que se refiere a los vínculos de tipo lingüístico quiero tan sólo resaltar que ser miembro de una determinada comunidad lingüística (ya sea una comunidad social para el lenguaje de sentido común, ya sea una comunidad científica para los lenguajes especializados de las diversas ciencias) quiere decir poseer un sistema de nociones y de categorías que ofrecen una «reconstrucción de campo» estandarizada, públicamente reconocible y socialmente aceptada. Incluso aquí los mismos elementos lingüísticos que contribuyen al pluralismo de los esquemas y de las interpretaciones (porque diferentes lenguajes pueden incorporar diferentes «visiones del mundo») establecen contextualmente un dique muy sólido respecto de los cambios indiscriminados. La razón fundamental de ello me parece absolutamente

obvia: poseer y hablar un lenguaje es un fenómeno esencialmente social; los diferentes miembros de la comunidad no pueden cambiar a placer las reglas y los significados del propio lenguaje (so pena de una total incomunicación); ni siquiera las comunidades lingüísticas pueden colectivamente cambiar las reglas y los significados *todos conjuntamente* y *todos de una vez*.

En relación con los vínculos de tipo biológico, por lo que sabemos (esto es, estando a los resultados más consolidados de las disciplinas científicas que se ocupan de estos problemas) puede afirmarse que provienen de modalidades tendencialmente estables y homogéneas con las que funciona, y ha funcionado en el pasado conocido, nuestra organización cerebral, neuronal y psicológica; y que determinan una completa *uniformidad estructural* de toda una serie de procesos ligados a la percepción sensorial, a la formulación de nuestras aserciones más «primitivas» sobre la experiencia (ha habido quien –Quine y Hesse, en particular– ha sostenido que la especie humana posee una suerte de *sentido innato de la semejanza*), a la formación de expectativas, a la conceptualización de datos empíricos, y así sucesivamente. En todos estos casos, se trata de procesos que representan los pasos necesarios de la actividad cognoscitiva; procesos que, si bien no son capaces de producir resultados unívocos, restringen mucho el espectro de posibles resultados, ya que determinan estructuras suficientemente estables que permiten tratar de forma sustancialmente uniforme el flujo de los *inputs* provenientes del mundo externo, que de otro modo resultaría incontrolado.

Por lo que se refiere a los vínculos de tipo social, tan solo recordar que operan en la medida en que se reconoce, como pienso que debe ser, que el conocimiento es una *práctica social*, cuyas reglas metodológicas y cuyos avances sustanciales deben estar sujetos, entre otras cosas, a la condición fundamental –necesaria pero no suficiente– del *consenso* (para calificar ulteriormente) de la comunidad de referencia. Parafraseando a Wittgenstein podría decirse que no se puede generar conocimiento *privadamente*; cualquier resultado individual (por ejemplo, un descubrimiento científico o una innovación teórica) no puede alcanzar el rango de *adquisición cognoscitiva* si no resulta en algún sentido *aceptado* por los miembros de la comunidad de referencia (aceptación incluso mediada por oportunas negociaciones de diverso género).

2.6. Vínculos epistémicos y vínculos pragmáticos

Trato aparte los dos últimos tipos de vínculos de mi taxonomía, los *vínculos de carácter epistémico* y los *de carácter pragmático*, porque pueden generar la impresión de una *circularidad viciosa* debido a la tesis constructivista de que todo esquema conceptual en torno al que se articula el conocimiento suministra siempre, invariablemente, una interpretación selecti-

va de un determinado campo de experiencia; lo que produce una verdadera y propia «construcción» de los objetos que lo forman. En efecto, esta tesis puede leerse en clave relativista, en modo tal que todo esquema no sólo construye su propio mundo, cognitivamente insondable desde el exterior, sino que construye también la única fuente de derivación de los criterios epistémicos de validación y de justificación del esquema; así, el esquema permanece completamente sustraído a cualquier tipo de valoración comparativa en relación con otros esquemas disponibles.

Para evitar este resultado, que resultaría ciertamente funesto para la teoría del conocimiento, lo que me parece que hay que hacer es ver si por casualidad subsisten elementos que estando, en algún sentido, fuera del círculo (es decir, que no estén completamente predeterminados por los esquemas de adopción) permiten formas de justificación, de control y de relación con la experiencia.

Uno de estos elementos está constituido por los vínculos epistémicos. La clase de los vínculos de tipo epistémico incluye el espectro de los diferentes criterios («verdad», «controlabilidad empírica», «capacidad predictiva», «profundidad explicativa», «éxito pragmático», «valor estético», etc.) que pueden usarse para orientar los procesos de selección y justificación inherentes a los esquemas conceptuales, «desde el exterior» (la justificación del esquema completo) y «desde el interior» (la justificación de un elemento particular de un esquema, por ejemplo una teoría). Tales criterios, en el ámbito en que pueden realmente desarrollar un rol independiente en relación con el cuadro conceptual localmente aceptado, funcionan también como vínculos frente a la indiscriminada proliferación de esquemas porque guían sincrónica y diacrónicamente los procesos de cambio conceptual y teórico, determinan los productos cognoscitivos que se abandonan y los que se mantienen.

Obviamente me falta espacio para desarrollar un examen detallado de estos vínculos y de su impacto anti-relativista: sólo puedo afirmar bruscamente -y remito a mi libro para la justificación de mi tesis- que este rol independiente de los vínculos puede efectivamente reconocerse, sobre todo en lo que concierne al conocimiento científico. Para obtener este resultado es necesario estar dispuesto a admitir que, además de la *justificación interna* de un esquema (para la que puede funcionar bien el criterio de la coherencia entre los diferentes elementos, incluso en la versión sofisticada del *equilibrio reflexivo*), hay también una *justificación externa* del esquema localmente aceptado que remite a elementos (conceptos, principios disciplinares asentados –Toulmin–, ideas metafísicas, etc.) que si bien no son independientes de cualquier esquema (remiten, por ejemplo, de una parte al conocimiento de sentido común, y de otra a los cuadros filosóficos, epistemoló-

gicos y metodológicos aceptados en el momento), son sin embargo independientes del específico cuadro desde el que se tomó la salida.

Esto que acabo de decir lleva, en definitiva, a admitir que los sistemas cognitivos de la ciencia son entidades complejas y jerárquicamente estructuradas, en cuyo interior las diferentes «piezas» pueden gozar de una autonomía parcial y ser utilizadas en funciones de control y justificación de otras piezas del esquema. Admitir una justificación –parcialmente– externa no quiere decir necesariamente estar dispuesto a rediscutir todo el esquema al completo, todo el conjunto y todo de una vez (esto sucede excepcionalmente, por ejemplo en las revoluciones científicas). Las diferentes piezas del esquema general pueden incluir a su vez específicos cuadros teóricos, imágenes filosóficas y epistemológicas muy asentadas, cuadros conceptuales de sentido común, etc.

En relación con los vínculos pragmáticos, con esta denominación pretendo referirme a todos los límites de la actividad cognoscitiva que derivan del hecho de que ésta tiene que medirse con *un sólo y único mundo*; entendido no como un objeto de representación lingüística, sino como un resultado de estímulos sensoriales y como un punto de referencia para acciones e interpretaciones no verbales, de carácter práctico. Por tanto, a la pregunta de si desde un punto de vista constructivista es más correcto afirmar que «existen varios mundos» o, por el contrario, que «existe sólo un mundo», es necesario prejudicialmente responder anteponiendo un saludable «depende»: esto es, la respuesta *depende* del sentido que atribuyamos a los enunciados en cuestión.

Una vez hecha esta introducción, puede mostrarse que ambas afirmaciones son correctas siempre que se entiendan en dos sentidos diversos. Para ser más exactos, es igualmente correcto decir que «existen varios mundos», siempre que la afirmación haga referencia al mundo como «objeto de representación» (tesis que se da por descontada desde una óptica de tipo constructivo); como decir que «existe un solo mundo», siempre que este mundo se entienda como *emergente de inputs sensoriales* y como *objeto de transacciones no verbales* (por ejemplo, como punto de referencia de nuestras capacidades, no mediadas lingüísticamente, de «manipular» la realidad externa). Desde este punto de vista, el constructivismo no se opone para nada al realismo, sino que comparte con él algunos aspectos fundamentales. En otros términos, es verdad que el constructivismo se opone al realismo (metafísico) en *clave epistémica*, bajo la caracterización de la actividad cognoscitiva como *representación*, pero también es verdad que tal oposición no subsiste (a menos que se quiera sostener alguna versión -absolutamente implausible- del idealismo) cuando la relación con la experiencia es entendida en el sentido *pragmático* y *pre-lingüístico* arriba ilustrado. Es

precisamente en este sentido en el que la epistemología contemporánea de inspiración post-positivista usa las expresiones *realismo mínimo*, o *realismo práctico*, o incluso *realismo pragmático*.

3. Constructivismo y teoría del Derecho

3.1. Los resultados del descriptivismo en el campo jurídico

Miremos ahora el aspecto que más nos interesa: el de las posibles aplicaciones de este tipo de perspectivas al campo del conocimiento y de las prácticas jurídicas en general. Debemos preguntarnos «qué cambio supone para la teoría jurídica y la práctica del Derecho la admisión programática de una concepción epistemológica constructivista».

Me parece evidente que el primer resultado de esta adopción es una crítica radical a los presupuestos realistas y descriptivistas que, en mi opinión, están presentes de forma preeminente en buena parte del pensamiento jurídico contemporáneo, analítico o no. Y esto bien mirado vale también para buena parte de las tendencias que manifiestan actitudes teóricas de tipo relativista o convencionalista (como, por ejemplo, el realismo jurídico, la escuela crítica del Derecho). En estos casos, efectivamente, se mantiene muy firme la idea fundamental de que el conocimiento es descripción o representación fiel de la realidad (puede que sólo para algunos campos privilegiados), pero se afirma también que esta idea no es aplicable en el ámbito de experiencia jurídico que es, por el contrario, un terreno adecuado para un amplio abanico de operaciones que son de un tipo radicalmente diferente y con las que los juristas y operadores jurídicos hacen otras cosas despachándolas como «actividades científicas» (creación de nuevo Derecho, intervenciones políticas, manipulaciones ideológicas, etc.).

El descriptivismo produce en el campo jurídico determinadas consecuencias: unas directamente y otras indirectamente. *Directamente*, puede producir concepciones objetualistas del Derecho, esto es, concepciones que sostienen que el Derecho consiste esencialmente en objetos en si existentes (tales como, por ejemplo, normas, enunciados prescriptivos, hechos psicosociales); esto es, objetos con existencia y configuración autónomas, independientemente de la intervención –de todos modos necesaria– de las prácticas cognoscitivas, interpretativas y argumentativas que después se refieren a ellos. En ciertos aspectos, me parece que el pensamiento de Kelsen representa muy bien este tipo de actitud teórica por cuanto una cosa es hablar de la existencia del Derecho (como fenómeno normativo) y otra hablar del modo en el que lo interpretamos y lo aplicamos.

Indirectamente, el descriptivismo puede producir concepciones relativistas, como por ejemplo aquellas según las que el Derecho es, en última

instancia, fruto de decisiones de los órganos públicos (el pensamiento apunta a Ross). En efecto, esta tesis es a menudo sostenida también sobre la base del presupuesto epistemológico según el cual el conocimiento «genuíno» es verdadera representación fiel de la realidad (en el ámbito de las *hard sciences*), cosa que, sin embargo, no puede suceder en el Derecho.

3.2. Descriptivismo y grandes dicotomías del pensamiento jurídico

Independientemente de la referencia a específicas teorías jurídicas, la adhesión al realismo y al descriptivismo produce la aceptación generalizada de una serie de grandes dicotomías que considero claramente inadecuadas y que deben ser ciertamente revisadas. Desde este punto de vista, ser descriptivista en el ámbito jurídico quiere decir estar dispuesto a admitir la existencia de dicotomías del tipo: «describir el Derecho positivo» vs. «tomar postura frente a él», «expresar juicios factuales o cuasi-factuales sobre el Derecho» vs. «expresar juicios de valor sobre él», «descubrir significados preexistentes» vs. «crearlos completamente de nuevo», etc. A continuación, pondré algunos ejemplos más específicos de este tipo de actitud teórica.

3.3. Las reconstrucciones interpretativas suministradas por las teorías jurídicas

Como alternativa a lo sostenido por las concepciones descriptivamente orientadas, desde una perspectiva constructivista se puede sostener ante todo la tesis de que las teorías jurídicas no pueden pretender jamás representar el Derecho «tal como es en la realidad social» (cualquier cosa que éste sea). Si no pueden hacerlo las teorías en las ciencias naturales, con mayor razón no podrán las teorías jurídicas. Las teorías jurídicas ofrecen reconstrucciones selectivas y miradas del campo de experiencia jurídica, reconstrucciones que tienden a recortar unos objetos del campo en lugar de otros (normas, hechos psico-sociales, prácticas), a atribuir a tales objetos ciertas propiedades en lugar de otras (por ejemplo, la normatividad frente a la capacidad de influir psicológicamente los comportamientos), a reagrupar los objetos en ciertas clases en lugar de en otras (reglas y normas frente a mandatos). El objetivo al que las teorías pueden tender no es el de la «verdad como correspondencia con la realidad», sino el de la coherencia y el de la adecuación de la reconstrucción conforme a un conjunto diferenciado de criterios epistémicos sobre los cuales sería demasiado prolijo detenerse, pero de los que ya he dicho algunas generalidades más arriba. En todo caso, las teorías jurídicas para ser consideradas candidatos aceptables en una posible competición entre alternativas teóricas, deben satisfacer entre otras cosas la amplia serie de vínculos a los que ya me he referido; vínculos que toman como causa también el conocimiento de sentido común, las intuiciones

y los conceptos de los que éste está compuesto (aunque de forma más intensa de lo que sucede en las ciencias naturales).

3.4. Constructivismo y teoría del Derecho como «práctica social»

Del hecho de que el constructivismo esté dispuesto a reconocer la existencia de una *pluralidad vinculada de esquemas* en el interior del ámbito de experiencia jurídica no se sigue que no haya teorías más o menos coherentes, adecuadas y convincentes. Personalmente estoy convencido de que la constelación de teorías que hoy se agrupan bajo el nombre de «el derecho como práctica social» están en mayor sintonía con una concepción constructivista que otras. La idea central de esta perspectiva me parece que es la de que el Derecho es ante todo un conjunto de prácticas, de carácter cognoscitivo, interpretativo, argumentativo, etc., en vez de un conjunto de objetos; estos últimos son siempre resultados contingentes del trabajo desde las prácticas. La idea de «practica» es, en definitiva, lógicamente anterior a la de «objeto».

He dicho que es un planteamiento más coherente con las premisas constructivistas. ¿Por qué? Es más coherente sobre todo porque es una perspectiva radicalmente anti-objetualista, es decir, no presupone que el Derecho sea un conjunto de objetos en sí concluídos antes incluso de la intervención de todas las prácticas que se concretan en lo que podríamos llamar el *uso social* del Derecho mismo (hay aquí una obvia armonía, que no tengo tiempo de desarrollar, pero que sí trato en el libro, con el análisis wittgensteniano sobre el *rule following*). En este sentido, podría decirse que el Derecho existe en cuanto que *usado socialmente* por los miembros de una comunidad (en un sentido que caracterizaré más adelante) como criterio-guía de los comportamientos (salvando las complicaciones debidas al hecho de que el Derecho es un sistema de reglas).

3.5. Constructivismo y teoría hartiana de las reglas sociales

Esta afirmación nos lleva directamente a Hart y a su análisis sobre qué quiere decir para los miembros de una comunidad «tener una regla», análisis, en mi opinión, fundamentalmente correcto (aunque necesite enmiendas y ajustes que, por otro lado, el positivismo post-hartiano ha hecho). A mi me parece posible hacer una interpretación constructivista de este aspecto de la teoría de Hart en la dirección de la teoría del Derecho como práctica social. Como es sabido, para Hart la condición de verdad de afirmaciones como «una determinada regla social x existe en un determinado contexto espacio-temporal y en el interior de una determinada comunidad z» viene dada por el hecho de que en torno a ella se produzca la convergencia de actitudes de tipo crítico-reflexivo de una porción significativa de los miembros de la co-

munidad de referencia (el «punto de vista interno» de los participantes).

Ahora bien, dejemos de lado en esta sede las complicaciones ligadas a las específicas características de las reglas jurídicas y limitémonos a hacer algunas observaciones sobre las implicaciones constructivistas de este tipo de análisis para las reglas sociales en general. Para Hart, la aceptación de la regla constituye el presupuesto de su existencia social (como fenómeno normativo y no como mero hábito); pero una condición de la aceptación es ciertamente el conocimiento de la regla misma, especialmente del modelo de conducta que ella exige; pero entonces el conocimiento –de sentido común– de la regla por parte de una porción relevante de los miembros de la comunidad es también un presupuesto de su existencia.

3.6. Constructivismo y conocimiento jurídico de sentido común

Cuanto he dicho hasta ahora equivale a reconocer que el conocimiento de sentido común, cuando su objeto está constituído por reglas, participa en este sentido específico en el proceso de producción de las reglas mismas; y que este discurso se aplica también obviamente a las reglas jurídicas (salvadas las complicaciones ligadas a las características específicas de éstas).

Quiero precisar que en estos casos se está en presencia de una característica ulterior poseída por ciertos tipos de «ciencias humanas» (las que tienen como objeto reglas) y que el constructivismo reconoce para todo el ámbito de las ciencias humanas en general. Esta característica viene del hecho de que tales ciencias se ocupan de hechos humanos, de hechos creados y mantenidos en existencia por el hombre (según algunos, como Collin y Searle por ejemplo, el reconocimiento de este aspecto equivaldría a sostener la única forma posible de constructivismo); hechos, por tanto, que tienen un significado y/o un valor para aquellos que los producen; dado este hecho complejo, el estudioso al atribuir significado y/o valor a estos hechos debe dar cuenta de los significados y/o valores ya presentes (el *doble nivel hermenéutico* de las ciencias humanas). Ahora bien, en los casos en los que estas ciencias se ocupan de reglas, no sólo deben dar cuenta del punto de vista interno de los participantes, sino que deben aclarar también que este punto de vista, en sus presupuestos cognoscitivos, es un elemento que contribuye a la existencia misma de las reglas que son objeto de investigación.

Como se ve, en estos casos la relación de tipo interactivo entre conocimiento científico y conocimiento de sentido común es particularmente estrecho y fecundo. Se trata de una característica que constituye una de las diferencias más significativas existentes entre ciencias humanas y ciencias naturales; son diferencias que el constructivismo, junto a todas las corrientes epistemológicas post-positivistas, está dispuesto a reconocer, utilizándolo también como elemento de apoyo a la tesis del *pluralismo metodológico*

(las ciencias humanas exhiben métodos -parcialmente- diferentes de las ciencias naturales, si bien comparten a nivel epistemológico una imagen común de ciencia).

4. Teorías jurídicas y juicios de valor

4.1. El constructivismo y la dicotomía entre «describir el derecho positivo» y «tomar posición sobre él»

Me parece útil ahora, en la última parte de esta ponencia, poner dos ejemplos concretos de cómo la perspectiva constructivista contribuye a poner radicalmente en cuestión algunas dicotomías tradicionales del pensamiento jurídico. Los ejemplos se refieren a los juicios de valor y a la interpretación jurídica.

La primera dicotomía que examino opone «describir el derecho positivo», es decir, emitir juicios factuales o «cuasi-factuales» sobre él, y «tomar postura sobre el derecho positivo», es decir, expresar juicios de valor (de contenido subjetivo).

Dicho muy brevemente: estoy convencido de que esta dicotomía, por como está formulada, depende de la aceptación de las premisas epistemológicas descriptivistas; premisas que en este caso están ligadas, diría que casi «fisiológicamente», con la adhesión al principio de avaloratividad del conocimiento en su *versión fuerte*. En una descripción «pura», como la que tendencialmente suministra el conocimiento genuíno según las concepciones descriptivas, no pueden entrar obviamente elementos subjetivos como son los juicios de valor. Desde este punto de vista, el conocimiento es considerado como una descripción objetiva, mientras que los juicios de valor como tomas de posición subjetivas; el resultado es que todos los juicios de valor, sean del tipo que sean, se meten en un único contenedor.

Ahora bien, en la línea de lo dicho más arriba estoy convencido de que si se sustituye el realismo descriptivista por el constructivismo, el cuadro cambia radicalmente: el resultado es que se pone en discusión la dicotomía arriba mencionada y se introduce en su lugar *la tesis de la necesaria presencia de –algunos tipos de– juicios de valor en el interior del conocimiento jurídico*. Trataré ahora de justificar esta conclusión a través de un argumento que se divide en cuatro partes.

4.2. El argumento de la necesidad de la presencia de –algunos tipos de– juicios de valor en el interior del conocimiento jurídico.

Desarrollemos ahora las cuatro partes del argumento.

1) La primera parte está constituida por la que llamo *tesis mínima sobre los juicios de valor*, en cuyo favor ahora no tengo tiempo de argumentar;

desde un punto de vista constructivista carece de fundamento la prohibición impuesta por el principio de avalorativid ad para todo tipo de conocimiento. Por el contrario, desde un plano muy general se afirma que los juicios de valor *pueden,* aunque no *deben*, intervenir en el interior del conocimiento.

2) La segunda parte está constituida por la afirmación de la tesis ya mencionada del *doble nivel hermenéutico*. En el caso específico, esta tesis lleva a reconocer que en el campo jurídico, y especialmente en el de las organizaciones jurídicas de tipo occidental, los objetos con los que debemos operar (constituidos por normas jurídicas) están ellos mismos empapados de valores. En tales organizaciones hay, si bien en modos y formas diversas, un conjunto de principios constitucionales que constituyen la protección normativa de ciertos valores considerados como fundamentales. En este caso, por tanto, los valores no están sólo presentes en el modo en que el estudioso se acerca al objeto, sino que están presentes en el objeto mismo del cual se ocupa.

3) La tercera parte está constituida por la reafirmación de la tesis constructivista según la cual el conocimiento opera siempre a través de la mediación de esquemas conceptuales que suministran reconstrucciones de campo de carácter interpretativo-selectivo. Esto vale, naturalmente, incluso cuando los objetos están constituídos –al menos parcialmente– por valores.

4) La cuarta y última parte del argumento está representada por la enunciación de la *tesis fuerte sobre los valores*: se trata de la tesis según la cual el estudioso (el jurista incluido) debe necesariamente intervenir con juicios de valor cuando el objeto de su conocimiento está constituido –también– por valores. Hay en definitiva necesidad de valores para tratar adecuadamente con valores. Los juicios de valor, para el jurista-intérprete, son en este sentido necesarios para atribuir un preciso significado a tales valores, para ponerlos en algún orden jerárquico, para establecer relaciones de relevancia e importancia.

4.3. Algunas implicaciones del argumento

A) En este tipo de postura, la distinción entre juicios de hecho y juicios de valor no es completamente abandonada, sino sólo reformulada de un modo más adecuado. Por ejemplo, la distinción se mantiene cuando sirve para separar netamente entre juicios de valor en función cognoscitiva y juicios de valor en función creativa.

B) Recurriendo a la distinción hartiana entre «punto de vista interno» y «punto de vista externo», pierde fundamento la tesis que sostiene que los juicios de valor sólo puedan ser legítimamente expresados desde el interior del sistema jurídico por el participante, mientras que el estudioso colocado en el exterior debe limitarse a suministrar descripciones. Esta tesis estable-

ce un ligamen necesario entre, por una parte, la «posición interna» y la expresión de juicios de valor y, por otra, la colocación externa y la formulación de descripciones; la idea de base es que los juicios de valor sirven sólo para desarrollar funciones justificativas, nunca explicativas. Pero se trata de una tesis infundada: como he mostrado antes, se puede estar en el exterior (es la colocación «natural» del estudioso) y expresar legítimamente juicios de valor; para ser más preciso, aquellos que se formulan en función cognoscitiva.

C) Este argumento permite comprender mejor la conexión entre dos aspectos muy relevantes del trabajo del jurista que normalmente se toman por separado, pero que es muy importante considerar como estrechamente coaligados: estoy hablando del aspecto ligado a la dimensión cognoscitiva del trabajo del jurista, y del ligado a la dimensión crítica. Desde mi punto de vista, para el jurista estudiar un cierto Derecho positivo significa, necesaria y contextualmente, considerarlo también como un objeto de intervenciones críticas: al menos bajo la específica característica de la *dimensión valorativa interna* de ese Derecho, esto es mirando los valores –implícita o explícitamente– contenidos en él (piénsese en el discurso de Ferrajoli sobre el contenido de la validez relativo a la relación entre ley ordinaria y Constitución y en trabajo crítico que el examen de tal relación puede requerir del jurista).

5. Constructivismo, significado e interpretación

5.1. La dicotomía entre «descubrir un significado preexistente» y «crear un significado nuevo»

En las teorías tradicionales de la interpretación, incluso en las analíticas, se presta poca atención a la noción de significado; circunstancia bastante extraña si se tiene en cuenta que las diferentes definiciones de interpretación acaban por incluir esta noción, aunque sin problematizarla. Esta afirmación se refiere a las dos concepciones, especulativamente contrapuestas, que se disputan el terreno en relación con la teoría de la interpretación: las *teorías formalistas* y las *teorías antiformalistas*.

En la línea de lo aquí sostenido, estoy convencido de que ambas concepciones acaban por aceptar, aunque sea implícitamente, la dicotomía fundamental entre «descubrir un significado preexistente» y «crear uno completamente nuevo», quien afirma esta dicotomía acepta la tesis común del conocimiento como «descripción objetiva» y la aplica al plano semántico: a la actividad de «describir significados». Las premisas epistemológicas descriptivistas contribuyen aquí a producir una determinada teoría del significado, que es visto como una «entidad» que preexiste a la interpretación.

Las teorías formalistas aceptan en positivo esta tesis para la interpretación jurídica; las teorías antiformalistas la aceptan sobre un plano más general, pero no la consideran aplicable a la interpretación jurídica (aunque tal vez auspician que lo sea, como hace Guastini).

5.2. Una teoría constructivista del significado

Ahora bien, también aquí la intervención de las premisas constructivistas produce una revisión radical de ciertas creencias tradicionales, en este caso sobre la interpretación; en primer lugar, llevan a una teoría del significado diferente de la que señalaré brevemente algunas características.

1) En primer lugar, el constructivismo determina una *visión dinámica del significado* a partir de la cual se reconoce un nexo conceptual recíproco entre interpretación y significado. Interpretar quiere decir «atribuir significados»; y viceversa, el significado mismo es el producto de la interpretación.

2) En segundo lugar, el constructivismo invita a la teoría semántica a elaborar una concepción que constituya una vía intermedia entre el objetivismo (el significado es objetivamente descubierto) y el relativismo (el significado es íntegramente producto del intérprete en las diferentes situaciones comunicativas concretas). ¿Qué teoría? Una teoría que yo califico como *estratificada* y *de formación progresiva,* según la cual el significado tiene varias dimensiones y nunca es producido todo de una vez (ni antes ni después de la interpretación).

Habría mucho que decir sobre las diversas dimensiones del significado y sobre el proceso, complejo y articulado, que determina su producción; no puedo hacerlo en esta sede. Me limito a destacar que la epistemología constructivista está particularmente en sintonía con una *teoría de la interpretación pragmáticamente orientada*, que es la que he tratado de elaborar en trabajos precedentes. Según esta teoría, el contexto de recepción del mensaje es un elemento determinante para la formación del significado, pero siempre sobre el fondo de elementos semánticos previos (por ejemplo, el *first meaning* de Davidson), que preexisten a las diversas situaciones concretas en que los mensajes normativos son interpretados.

5.3. Como reformular las distinciones relevantes en sede de interpretación

Tampoco aquí las cuestiones que están sobre el tapete pueden resolverse renunciando a trazar distinciones; pero el hecho es que las tradicionales presentan graves carencias y deben ser profundamente revisadas. La distinción que propongo como alternativa a la ejemplificada por la dicotomía mencionada en el parágrafo anterior opone *interpretación en función cog-*

noscitiva (que, aunque en modo constructivo, se refiere claramente al Derecho preexistente, al Derecho del que hay que tomar los significados) a *interpretación en función creativa* (que quiere intervenir sobre el Derecho preexistente, atribuyéndole nuevos significados –y produciendo por tanto nuevas normas– que no son coherentes con la mejor interpretación completa posible del Derecho existente). También aquí es importante que el jurista y el juez intérprete procuren conjugar empeño crítico y finalidad cognoscitiva, objetividad débil y pluralismo de opciones.

5.4. Conclusiones

Lo que he tratado de ofrecer es solamente un primer esbozo de una teoría que trata de suministrar una interpretación constructivista no sólo del conocimiento jurídico, sino también de su objeto, el «Derecho»; ello se debe a que en una concepción de este tipo no es posible separar netamente el plano del método (con sus presupuestos epistemológicos) del plano del objeto. Según el constructivismo, entre método y objeto hay interacciones complejas; y ello vale también para al teoría jurídica. Como se ha visto, un determinado modo de teorizar sobre el Derecho está guiado por una serie de elementos que funcionan como vínculos para las opciones teóricas posibles; y, además, el método preseleccionado influye sobre el modo de configuración del objeto.

En todo caso, resulta urgente la exigencia de que la teoría jurídica de inspiración analítica comience a discutir seria y profundamente los presupuestos de fondo (filosóficos, epistemológicos, semánticos) que han orientado durante estos largos cuarenta años su peculiar modo de conducir el análisis teórico en el campo jurídico. Esta exigencia se impone con independencia de la valoración que se haga de la fecundidad de la aproximación que he sugerido en estas páginas.

(Trad. de Josep Aguiló Regla)

Perfecto Andrés Ibáñez

«RACIONALIDAD Y CRISIS DE LA LEY»

DOXA 22 (1999)

RACIONALIDAD Y CRISIS DE LA LEY *

Perfecto Andrés Ibáñez
Magistrado

Hablar de las vicisitudes de la legalidad como experiencia crítica es ya un tópico, que remite a una realidad compleja, en la que es necesario considerar diversos planos. En el primero de éstos, se impone una referencia, por demás obvia, pero me parece que no inútil, al carácter de irrealizable del modo de relación del juez con la ley propio de la utopía liberal. Verdad es que hoy no resulta habitual que se postule expresamente como tal modelo, pero creo que no ha perdido toda presencia, al menos subliminal, en cierta cultura jurídico-política con tendencia a exteriorizarse en afirmaciones simplificadoras para consumo de masas, recurrentes, sobre todo, en conexión con el malestar por resoluciones no gratas. A mi juicio, ese paradigma –de incondicionada prevalencia del *demos*, es decir, de la omnipotencia del legislador y la consiguiente irrelevancia del momento judicial– tiene algo de natural «claustro materno» para el jurista democrata. Y su patente inviabilidad provoca en él, a veces, un efecto asimilable al *horror vacui*, en este caso *horror iudicis*.

El segundo plano de esa compleja realidad lo aporta la misma aparición en la escena del modelo del Estado constitucional de derecho en la medida que incorpora un elemento, si no de desconfianza, sí de cautela en el tratamiento del papel de legislador ordinario, al sujetarle a la Constitución, con lo que esto tiene de limitación de su autonomía; lo que, contextualmente, se traduce en un cambio sensible en la morfología y la fisiología del ordenamiento y en un notable reforzamiento objetivo del papel del juez.

Veo como un tercer plano a tener en cuenta la clase de prácticas legislativas que se han descrito como «descodificadoras». «Descodificación» en un doble sentido: el que atañe al modo de ser actual de la ley (de la «ley om-

* Intervención en la mesa redonda de ese título, con participación de M. Taruffo y F. Laporta, en el IV Congreso Hispano-italiano de Teoría del Derecho, Universidad de Castilla-La Mancha, Almagro, 8-10 octubre 1998.

nibus» que es cada año la de presupuestos, a las *leggine* o «leyes medida»); y el que se concreta en los desajustes de orden sustancial que, frecuentemente, recorren y fracturan el ordenamiento. Es evidente y ya bien sabido que todo esto no podía darse sin la consecuencia de un protagonismo sobreañadido del intérprete.

A la perturbadora incidencia del fenómeno *descodificador* se suma la aportada por la situación de relativa *desregulación* en que se han estado produciendo, y siguen haciéndolo, importantes segmentos de la actividad del ejecutivo intervencionista, siempre expansiva. Es otra manifestación del debilitamiento de la significación real del legislador que ha contribuido a potenciar la intervención judicial en el ámbito de la actividad pública, lo que supone una ulterior causa de acentuación del previamente fortalecido papel del juez.

Pero todavía, situados en este último plano, emerge un fenómeno más a tomar en consideración. Este pertenece más directamente a la *patología* del sistema y comparece en aquellos casos en los que la crisis de la normatividad en la actuación de los poderes públicos se expresa en los gravísimos fenómenos de delincuencia y corrupción, de extensión preocupante, que han adquirido aparatosa visibilidad en estos últimos años.

Aquí, el rol de la jurisdicción –generalmente la penal– se sobredimensiona inevitablemente en sus efectos, por las graves consecuencias de deslegitimación que implica para los afectados; y porque las actuaciones judiciales pasan a ocupar el centro del debate, a veces, incluso, de la lucha política.

Esta crisis poliédrica o polidimensional, con todo su potencial conflictivo incidiendo sobre el momento judicial aparece tratada, con mucha frecuencia, mediante la poco rigurosa presentación como *judiciales* de problemas que no lo son en sentido estricto. De problemas en los que la dimensión judicial es más bien necesario *efecto* jurídico que *no causa*, y menos la causa directa o abusivamente política que suele sugerirse. Así, por ejemplo, es bastante obvio que el malestar debido a lo que se denosta como *judicialización* es muchas veces sólo desazón por los efecto de cierta clase de intervenciones judiciales inevitables por imperativo de legalidad, que comportan una carga de consecuencias de indudable trascedencia política.

Dicho esto, debo señalar que, por otro lado, y aunque se hiciera abstracción a efectos de análisis de esta última clase de cuestiones, hablar de jurisdicción sería siempre aludir a un universo problemático. Problemático de los *propios* problemas. En el origen de estos problemas *propios* y para lo que aquí interesa, está la figura del *juez heredado*. El del modelo burocrático, de ascedencia napoleónica, prácticamente «nulo» como «poder», pues-

to que heterogobernado desde/por el ejecutivo, y de una demostrada sospechosa funcionalidad a las experiencias de los diversos fascismos.

La incorporación de ese juez al Estado constitucional de derecho se hizo en el marco de unas coordenadas que pueden esquematizarse así: El juez ganaba sensiblemente en independencia y experimenta un potenciamiento de la relevancia de su papel, o sea, de su *poder*, por la *redistribución de competencias* en que se traduce el nuevo *statu quo* constitucional. Así, el juez, el momento judicial, se conviertía en el polo de un conflicto (fisiológico, pero inevitablemente abierto a eventuales degradaciones patológicas) que es, cuando menos, de doble vertiente.

En efecto, de un lado, está la representada por la *tensión estructural* que el modelo constitucional instaura en la relación legislativo-ejecutivo y jurisdicción. Del otro, el hecho de que –sobre todo en momentos de transición– jurisdicción equivale a *juez heredado*, lo que implica un inevitable coeficiente de disfuncionalidad en el interior del modelo constitucional. En fin, concurre también una marcada tendencia al tratamiento reductivo de la jurisdicción en los desarrollos legislativos, dirigido a desactivar por esa vía la capacidad de incidencia de aquélla, lo que aporta un nuevo factor de *tensión adicional*. Podría hablarse de una suerte de estrategia de *recuperación* del *terreno perdido* por los actores de la democracia política. Estrategia que siempre encontraría una justificación persuasiva en el argumento de la irremovible inadecuación del juez que, obviamente, en ese discurso sesgado, nunca llegaría a estar a la la altura de su papel constitucional. A partir de lo expuesto, me gustaría dejar constancia de algunas consecuencias que se derivan del juego de esos datos.

Me parece que hay razones objetivas para que el juez viva con alguna perplejidad su propia identidad institucional. Esto por el carácter contradictorio de buena parte de los elementos que contribuyen a la integración de esta identidad. Tales son: el ideal prefigurado en el modelo constitucional, con su aludida inherente carga de conflicto; la forma de gobierno de la justicia entre nosotros, *muy políticamente mediatizada*; la articulación orgánica, de corte napoleónico en muchos aspectos; el bagaje formativo y el perfil cultural, claramente deficitarios en la perspectiva de la realización de aquél paradigma; y, en fin, la diversidad de las demandas políticas y sociales que fluyen sobre los operadores judiciales en su conjunto y que son con frecuencia ciertamente antagónicas.

También puede interpretarse como exponente de esa misma perplejidad la ausencia de una adecuada definición (que es inarmónica *definición* por omisión) del modelo de juez, perceptible en la actuación de los sucesivos Consejos Generales del Poder Judicial, es decir, en la política de selección, formación, nombramientos y disciplinaria, que se proyecta de forma per-

turbadora sobre quienes son sujetos pasivos de la misma y en la opinión. De todos estos aspectos me interesa subrayar aquí el relativo a la preparación teórica para el ejercicio de la función jurisdiccional.

Un libro sobre organización de tribunales, el de Oliet y Serena, muy usado en los años 50-60 en la preparación de jueces, se abría con esta elocuente afirmación: «La oposición es, sustancial e inevitablemente por tanto, la ejecución en el acto del examen de "discos" previamente impresionados en el cerebro del opositor con arreglo al programa». Toda una propuesta de método, que habría hecho las delicias de Montesquieu.

Y, es cierto, los textos al uso recibían el nombre de *contestaciones*, bien revelador del carácter de su contenido: un conjunto de respuestas canónicamente articuladas y dispuestas para ser asimiladas, repetidas, y –se supone que luego– automáticamente aplicadas. Es decir, la forma más adecuada de reproducir *conocimiento* jurídico desproblematizado y apto para el desarrollo de una función (que se presumía) mecánicamente subsuntiva. En la economía de ese sistema correspondía un papel central al *preparador*, magistrado experimentado encargado de iniciar al *aspirante* en las rutinas y, sobre todo, en la ideología del oficio. El círculo formativo se cerraba con un periodo de Escuela Judicial eminentemente práctico, en el sentido más plano y burocrático del término.

Pues bien, al cabo de estos años, el modelo ha experimentado alguna erosión por la incidencia de un entorno constitucional y político-cultural y jurídico sensiblemente transformado. Pero no ha sido objeto directo de un reflexivo y metódico *ajuste de cuentas* teórico. Y, por ello, sigue permeando la cultura y la práctica de los jueces. Y no sólo. Diría que resulta con alguna frecuencia asumido y alentado en esas estrategias reductivas a las que me refería, que ven en la reiteración de semejante paradigma subcultural un antídoto frente a los riesgos de un tipo de juez: el *juez activista*, para entendernos.

En esa línea milita, por ejemplo, algún paleoformalismo, como el de Requejo Pagés, para quien «el juez debe limitarse a recoger en el continente de sus resoluciones el producto que le llega desde las primeras fases del ordenamiento». Concepción en la que el sistema jurídico aparece representado por una red de distribución de agua y el juez como el encargado de manejar la llave de paso, «sin añadir nada». Verdad es que este punto de vista, en su extremismo y tosquedad, no es representativo, pero ejemplifica muy bien, e incluso, a mi juicio, conecta objetivamente con un tipo de actitudes frente al juez, muy presentes en ciertos ámbitos políticos e institucionales, incluidos los académicos, en este caso, como es natural, más matizadas.

Con esto quiero aludir a discursos que, con objeto de no estimular el protagonismo judicial, se valen del recurso consistente en presentar la nor-

malidad judicial como el reino del *caso fácil*, que justificaría, en general, un juez exégeta, que sólo en supuestos muy marginales se vería enfrentado al *caso difícil*. Pero creo que la complejidad que hoy presenta el ejercicio de la jurisdicción se resiste a esa especie de reducción porcentual o estadística de los índices de dificultad.

Naturalmente hay *casos fáciles*, pero los que no lo son no emergen en formas que permitan una sencilla identificación *ex ante*, como las manchas en la piel del leopardo. Por el contrario, el mecanismo de difusión de la *dificultad* es bastante más sutil. Esta puede emerger en cualquier supuesto, en función de datos no necesariamente perceptibles a primera vista ni en el primer momento, y de circunstancias que pueden ser tanto de naturaleza sustantiva como procesal.

Cuando, haciendo abstracción voluntarista de estos matices, el asunto no se aborda con el necesario realismo se está contribuyendo a generar un tipo de juez, nada inusual y a mi juicio el más peligroso, que es el que opera desde la falsa conciencia de los perfiles reales del propio papel. La insistencia –burda o más elaborada– en la apología del paradigma exegético y en una cierta trivialización de las dificultades que hoy entraña el ejercicio de la jurisdicción (que suele ir acompañada del tratamiento ingenuo o la marginación de la cuestión de hecho) lleva directamente a la difusión de actitudes judiciales irresponsables, presididas por el uso irreflexivo, por inconsciente de la discrecionalidad inevitable.

Un Juzgado de ejecutorias de Madrid había denegado la suspensión de la pena privativa de libertad *razonando* mecánicamente sobre la falta de un requisito legal. Impugnada en queja la resolución, en el informe emitido en la tramitación del recurso, justificaba, sin embargo, su decisión *argumentando* que «tal beneficio es una libertad discrecional de los jueces». La actuación lleva fecha de 17 de abril de 1998. Su autor, por razón de edad, debió hacer la carrera bien avanzada la transición democrática y, como juez, es *producto* del sistema vigente. Y, sinceramente, el modo de proceder no es excepcional.

Quizá pueda ayudar a entenderlo el dato de que en el programa que rige las pruebas de acceso a la magistratura, que data de 1996, existe un sólo tema de teoría general dedicado a la interpretación de la ley, con los siguientes epígrafes: «Teoría de la interpretación: las diferentes concepciones. La aplicación e interpretación de las normas jurídicas. La aplicación analógica. La equidad. La exégesis, la dogmática y la crítica.» No tiene de extraño que en semejante contexto la discrecionalidad aparezca como un tópico propio –sólo– de la materia administrativa.

Frente a tal estado de cosas, una actitud sensata de la cultura jurídica en relación con los jueces sería la orientada reflexivamente a facilitar a éstos la

percepción adecuada de los perfiles reales de su función, de la calidad del poder que realmente ejercen en el momento presente. Pues donde falte claridad de conciencia al respecto faltará una correcta idea del límite y la consiguiente reflexiva tensión hacia la autocontención garantista del propio poder. Y cuando esto suceda, como ocurre con frecuencia, no será razonable esperar buenas decisiones judiciales, caracterizadas por el rigor en la motivación y expresivas del necesario sentido de la responsabilidad.

El tratamiento de la cuestión judicial en algunos medios políticos y jurídicos democráticos es realmente paradójico. En él se dan cita el rechazo formal del modelo de *juez heredado* y la simultánea tendencia a la valorización implícita e incluso explícita de aspectos significativos de su estatuto y de su cultura, por crudas razones de cierta miope *realpolitk*. En este tipo de actitudes, los riesgos de un juez al que se considera poco vinculado tratarían de conjurarse por la vía administrativa mediante la recuperación de la dependencia jerárquica y del napoleónico tratamiento de la disciplina, que es como decir el restablecimiento del heterogobierno político de la función judicial. Por tanto, la renuncia o la atenuación del valor independencia, como alternativa a la *judicialización*, sobre todo a la tan mal llamada *judicialización de la política*, que, por cierto, nunca ha sido responsabilidad de los jueces, desde luego en lo fundamental.

Dentro del modelo constitucional no hay alternativas *a la* judicialización a que me he referido como *fisiológica*. Pero puede disponerse de medios eficaces para conjurar preventivamente los posibles deslizamientos en la *patología*. Sobre el particular, cabe sugerir algunas indicaciones elementales. Una apunta fuera del ámbito judicial, al dominio de la política, donde me parece poco discutible que hay mucho más y mejor que hacer que alimentar esa suerte de paranoia que con frecuencia se traduce en la formulación de propuestas regresivas y autoritarias, a veces con claros perfiles de inconstitucionalidad, a propósito del poder judicial. En el *statu quo* de la *cuestión judicial* al que he aludido creo que hay que dar a la política lo que es de la política, en materia de responsabilidades. Y, ya, en lo específico judicial, se trata de no negar y menos negarse a ver el papel constitucionalmente atribuido al juez, sino de contribuir a generar racionalmente las condiciones de posibilidad –culturales y estatutarias– del ejercicio más constitucional del mismo.

Dicho en argot taurino habría que «coger el toro por los cuernos»: identificar con claridad los rasgos del tipo de juez *constituido* para dotarle del régimen estatutario y –muy en particular– de la clase de cultura, que es como decir de la *conciencia*, que el mismo demanda. *Conciencia de la calidad del propio poder y de la necesidad de la autolimitación como garantía* que debe presidir su uso; condiciones ambas necesarias de un ejercicio in-

formado y responsable de la jurisdicción. Esto, obviamente, en el marco del conjunto de garantías orgánicas y procesales, respecto de las que esa *garantía cultural*, al contribuir, entre otras cosas, a una buena comprensión del papel legitimador de la función que aquéllas tienen atribuido en la lógica del modelo, produciría un relevante efecto de reforzamiento de su eficacia. Esta *garantía cultural* tiene un ámbito de proyección *natural* en el campo de la justificación de las decisiones, es decir, de la motivación y de la argumentación racional; materias significativamente ausentes, hasta hace muy poco, de la formación y la preocupación de los jueces, en las que, por fortuna, comienzar a contar con un espacio cada vez mayor.

Es necesario, también, utilizar reflexivamente todas las posibilidades de garantizar la calidad y la tendencial homogeneidad en las soluciones jurisprudenciales que ofrece un adecuado tratamiento del marco procesal. Así, por ejemplo, no cabe duda que el fortalecimiento de la independencia, que implica la eliminación del control jerárquico-administrativo del juez, conlleva, de entrada, la pérdida de un cierto tipo de *certeza* del derecho, la propia de las situaciones de ausencia de pluralismo y de ejercicio autoritario del poder. Pero es bien cierto que la previsible pérdida de esa clase de *certeza* como consecuencia de la remoción de sus presupuestos, debería encontrar una positiva compensación eficaz a través de un buen diseño del sistema de recursos e instancias, que es el medio jurisdiccional adecuado para contener la variedad de las opciones interpretativas dentro de límites razonables. Es decir, la sustitución de una articulación burocrática que contradice el principio de independencia y la sumisión sólo a la ley, por el juego de dispositivos exquisitamente judiciales y el despliegue de una estrategia cultural funcional al papel constitucional de la jurisdicción, medios éstos generadores de la seguridad jurídica que se necesita y eficazmente promocionales de aquellos valores.

Estas breves consideraciones me permiten concluir expresando una preocupación bajo la forma de una doble pregunta que creo inevitable. ¿Cuál puede ser el sentido y la calidad de un tipo de inquietud recurrente por el papel del juez como posible factor de crisis de la racionalidad legal, cuando esa preocupación convive pacífica, y sospechosamente, con la renuncia objetiva a la utilización de los medios más aptos para poner a aquél en condiciones de desempeñar adecuadamente su función constitucional? ¿No será que, con demasiada frecuencia, es éste el que no acaba de aceptarse?

Michele Taruffo

«RACIONALIDAD Y CRISIS DE LA LEY PROCESAL»

DOXA 22 (1999)

RACIONALIDAD Y CRISIS DE LA LEY PROCESAL

Michele Taruffo
Universidad de Pavía

1. Las consideraciones que iré desarrollando atañen, sobretodo, al proceso civil, aunque quizás una buena parte de ellas podría referirse también, con pocas variaciones, al proceso penal. Naturalmente, tendré presente de modo particular la situación italiana pero, bajo varios aspectos, muchos de los problemas de los cuales tengo intención de hablar son comunes a muchos países, bien con grados diversos de intensidad, bien en diferentes modalidades.

Con la finalidad de poner un mínimo de orden en la discusión de temas tan complejos, dividiré mi exposición en cuatro puntos fundamentales. Trataré, en primer lugar, de diferenciar dos nociones distintas de «racionalidad de la ley procesal». Posteriormente, trataré de determinar en qué consiste la crisis de la ley procesal, refiriéndome a estas nociones de racionalidad. Trataré después de determinar, al menos, algunos de los motivos de estas formas de crisis. Por último, dedicaré algunas reflexiones a la posibilidad de presentar remedios que pongan fin a la crisis o al menos que reduzcan su gravedad en alguna medida.

Por razones de tiempo y de espacio, mi exposición será extremadamente sintética y esquemática. Muchas de las cosas de las que hablaré serán únicamente enunciadas o puestas de manifiesto sin el análisis que requerirían. Por ello, en muchos puntos, se correrá el riesgo de hacer afirmaciones genéricas o no justificadas adecuadamente. De todos modos, espero que el discurso en su conjunto parezca sensato.

2. El concepto de racionalidad puede relacionarse con la ley procesal en, al menos, dos sentidos principales: racionalidad como *coherencia* de la ley procesal y racionalidad como *funcionalidad* (o racionalidad *instrumental*) de la misma ley.

La coherencia de la ley procesal es una característica que se puede apreciar si imaginamos que se ponen todas las normas procesales de un ordena-

miento en un mismo plano, como para componer un mosaico, y se verifica si las distintas partes de éste –sea a nivel de macroanálisis, sea a nivel de cada una de las particulares partes del mosaico– son recíprocamente coherentes. Desde esta perspectiva se pueden apreciar algunas propiedades que puede presentar la ley procesal, y se puede –hipotéticamente– establecer también en qué grado estas propiedades están presentes en un sistema procesal dado. Estas propiedades son el *orden*, o sea, la secuencia en la cual vienen reguladas las actividades procesales (pero también las relaciones entre normas generales y disposiciones específicas); la *unidad*, que deriva de tratarse de normas que forman un contexto único con un núcleo de normas fundamentales y, posiblemente, pocas normas especiales (p. ej.: un código procesal con pocas leyes o normas procedimentales situadas fuera de él); la *plenitud*, que se produce cuando la ley procesal regula todos los aspectos relevantes de los mecanismos procedimentales de un modo suficientemente analítico, dejando lo menos posible a la fantasía de los intérpretes; y la *simplicidad*, que existe cuando la ley regula de modo claro un procedimiento que se resuelve en un mecanismo relativamente no complejo. Quizás estas propiedades no agotan el concepto de racionalidad como coherencia de la ley procesal, pero tal vez puede decirse que una ley procesal que sea ordenada, unitaria, completa y simple en un nivel apreciable, es racional en una sensata acepción del término.

Se puede también decir que la ley procesal es racional en sentido instrumental si regula un procedimiento que sirve adecuadamente a los fines de la administración de justicia. Naturalmente, el juicio acerca de la racionalidad instrumental de un proceso varía en función de los fines que a éste se le asignen. Sin embargo, se puede estar de acuerdo en líneas generales en el hecho de que, si lo que se espera de un proceso son cosas como la actuación de la ley en el caso particular, la formulación de decisiones justas y la efectiva tutela de los derechos de los sujetos interesados, se puede encontrar, al menos, un punto de referencia general. Respecto a esta finalidad se podrá decir, p. ej., que es racional un proceso que se desarrolle en un tiempo razonable, que incluya normas probatorias idóneas para lograr decisiones fácticas acertadas, que comprenda instrumentos para la realización efectiva de los derechos, que incluya remedios para el control relativo a la justicia de las decisiones, etc.

Naturalmente, estas dos nociones de racionalidad de la ley procesal no son del todo contrarias entre sí. Son distintas, no se implican recíprocamente (es posible imaginar una ley coherente pero ineficiente; es, por el contrario, difícil –pero no imposible– imaginar una ley procesal instrumentalmente racional pero no coherente), pero son perfectamente compatibles. Se podría decir más bien que un sistema procesal óptimo es aquél en el cual

la ley procesal es racional, tanto en el sentido de la coherencia como en el sentido de la funcionalidad instrumental respecto de los fines que se consideran propios de la administración de justicia.

3. La crisis que afecta a muchas legislaciones procesales es reconducible a una serie de razones. Algunas de ellas hacen referencia a la racionalidad como coherencia de la ley procesal, mientras que otras se refieren a su funcionalidad instrumental.

En relación con la *crisis de coherencia*, se pueden subrayar, sobre todo, tres fenómenos, que se hacen particularmente evidentes en la experiencia de muchos sistemas procesales contemporáneos. Un primer fenómeno hace referencia a la escasa posibilidad de asegurar el orden y la unidad de la ley procesal, pues prevalece la tendencia opuesta a la fragmentación y, por consiguiente, a la falta de orden sistemático. Son muchas las causas de este fenómeno, pero la principal –que merece ser subrayada– es la extendida tendencia a crear «estatutos privilegiados» de naturaleza procesal para particulares grupos o categorías de personas. Una de las consecuencias de la disfunción general del proceso (de la cual hablaré dentro de poco), y de la extrema dificultad de realizar reformas globales del derecho procesal, es la creación de procedimientos *especiales* (o de formas de «tutela diferenciada») que deberían ofrecer una mejor protección judicial de los derechos de determinados sujetos. El problema no es nuevo, pues hay ejemplos clásicos (basta pensar en las *juridictions d'exception* en Francia), pero tras la segunda Guerra Mundial las manifestaciones son cada vez más numerosas. Además del caso tradicional del procedimiento de enjuiciamiento para la tutela rápida de los acreedores (o sólo de aquellos que gozan de prueba escrita de su crédito), se puede pensar en los procesos especiales para los conflictos laborales y, más recientemente, en los procedimientos para la tutela de los consumidores. En definitiva, la unitariedad del sistema procesal se rompe cada vez que el legislador tiene intención de sustraer determinados sujetos o grupos de sujetos al funcionamiento –a menudo ineficiente– de la ley procesal «general». Esto comporta, normalmente, una mejora en la satisfacción de los derechos de estos sujetos, pero tiene efectos críticos sobre el sistema globalmente entendido. En efecto, de un lado, se crean numerosas situaciones de tratamiento dispar desde el punto de vista procesal, porque algunos sujetos (o, lo que es lo mismo, algunos derechos) son tutelados mucho mejor de lo que lo es el «normal» titular de una situación jurídica no privilegiada. De otro lado, hay presiones, por parte de grupos de sujetos, para la creación de «procesos especiales» cada vez más numerosos, cada uno referido a un grupo cualificado de sujetos, en una especie de «carrera de privilegios». El efecto global de esto es que el ordenamiento procesal asume una

estructura «de piel de leopardo», con islas de tutela eficiente para determinados sujetos sobre un fondo de tutela ineficiente reservada para el ciudadano «común», que no pertenece a un grupo privilegiado o no es titular de una situación jurídica privilegiada.

Un segundo fenómeno de crisis es el relativo a la creciente *incompletitud* de la ley procesal. Frente a la siempre mayor complejidad de las relaciones sociales y económicas y, por tanto, de las situaciones jurídicas necesitadas de tutela jurisdiccional, el legislador procesal está frecuentemente atrasado en decenios respecto al surgimiento de los problemas que debe afrontar. Esto comporta un doble orden de consecuencias. Por un lado, aumenta el número de los sujetos (o de los derechos) que no vienen de hecho tutelados en vía jurisdiccional, porque faltan instrumentos procesales *ad hoc* (valga por todos el ejemplo de los intereses colectivos o supraindividuales) o porque existen lagunas y disfunciones tales que impiden de hecho el acceso a la tutela jurisdiccional (valga el ejemplo de la falta o ineficiencia de las normas para la defensa en juicio de los no adinerados). La ley procesal tiende, pues, a hacerse cada vez más incompleta, sea sobre el plano formal (o sea: por la falta de normas que serían necesarias), sea sobre el plano sustancial (o sea: por la falta de funcionamiento de normas que ya existen formalmente).

Un tercer fenómeno de crisis hace referencia a la creciente *complejidad* y *confusión* de la ley procesal. La legislación procesal es cada vez peor y se realiza de forma más apresurada. Muy frecuentemente, ésta emana del impulso de exigencias eventuales, o del intento de encontrar remedios rápidos a cada uno de los problemas de disfuncionalidad del sistema. Además, normalmente se introducen reformas parciales inciertas, inestables, porque están sujetas a rápidos cambios de pensamiento del legislador, confeccionadas al margen de todo diseño orgánico y sistemático de reforma del proceso. Las tentativas de reforma del proceso civil realizadas en Italia entre 1990 y 1995, no terminadas todavía, y ya claramente fallidas en gran medida, son un buen ejemplo de este fenómeno. Otros países han sido más afortunados (me refiero a las reformas francesa y alemana en torno a la mitad de los años 70), o tratan de invertir esta tendencia (pienso en el *Anteproyecto* español de un nuevo código de procedimiento civil, que está actualmente en discusión). Sin embargo, permanece muy difundida la tendencia a elaborar normativas procesales muy complejas y diferenciadas, mientras se hace cada vez más difícil la individualización de modelos de proceso que sean bastante simples y bien definibles. Además, a menudo se tiene la impresión de una creciente confusión derivada de la dificultad de interpretar correctamente normas cada vez más vagas, fragmentarias y técnicamente defectuosas, de la casi total imposibilidad de distinguir principios y reglas específi-

cas y de la frecuente presencia, en el mismo conjunto de normas, de orientaciones y finalidades opuestas.

No menos variadas y complejas son las manifestaciones de la *crisis de funcionalidad* de la ley procesal. Sobre todo, está muy generalizada (quizás con la única excepción de Alemania) la *crisis de efectividad* de la tutela jurisdiccional, que deriva esencialmente de los retrasos cada vez más largos de la justicia, frente a la creciente necesidad de soluciones rápidas y eficaces de las controversias. El dicho *justice delayed is justice denied*, es cada vez más aplicable a muchos ordenamientos: los períodos largos, y a veces absurdos, de la justicia representan en gran medida el principal factor de crisis del sistema procesal. La efectividad del proceso está en crisis también en aquellos países, como Gran Bretaña, que tradicionalmente eran señalados como modelos de rapidez y funcionalidad. Esto conlleva varias consecuencias relevantes. De un lado, se hacen cada vez más numerosas las áreas en las cuales, de hecho, no se administra realmente una justicia aceptable. Así, la elección más racional para el titular de un derecho consiste en *no* hacer valer este derecho en juicio, porque el tiempo (y, por tanto, también los costes) necesarios para obtener una sentencia definitiva serían excesivos. Por lo tanto, se produce una sustancial elusión de la necesidad de tutela procesal y se vuelven ineficaces las garantías de acceso a los tribunales que están recogidas en numerosas Constituciones contemporáneas. Pero la situación no es mejor para quien no se rinde desde el principio y va a juicio: varios años para obtener una sentencia en primera instancia, más otros años para el juicio de apelación, más otros años todavía para el juicio de casación y eventualmente algún año más para el juicio de reenvío, representan una experiencia desastrosa y costosa, en la cual, quien resulta realmente beneficiado es el deudor incumplidor que se lucra de las disfunciones de la justicia. Un aspecto muy importante de esta situación es que los inconvenientes y las disfunciones del sistema procesal no tienen –como es obvio– las mismas consecuencias para todos. Por un lado, como se ha señalado, hay sujetos o categorías de sujetos que disfrutan de formas de tutela privilegiadas frente a otros. Por otro lado, el inconveniente representado por los retrasos y los costes del proceso funciona de un modo muy diverso según el tipo de sujetos: el sujeto social y económicamente «débil» sufre en mayor medida las disfunciones del sistema, y será inducido más fácilmente a no tutelar sus derechos o a abandonar un proceso demasiado largo e ineficiente. No así el sujeto social y económicamente «fuerte» (como las «partes habituales» del proceso civil: aseguradoras, organizaciones de ventas, grandes fabricantes, bancos, etc.) que tienen la posibilidad de hacer valer sus derechos sin problemas (incluso con operaciones de «política judicial» previstas expresamente), o de resistir el juicio hasta el final si son deudores (sobre todo si el acreedor es «débil»). Surgen, pues, nu-

merosas situaciones de desigualdad sustancial, y por tanto de evidente injusticia, en el uso de los instrumentos procesales de tutela de los derechos.

Aquí hay, además, otro aspecto de la crisis de efectividad del sistema procesal que rápidamente va adquiriendo (sobre el ejemplo de Estados Unidos, pero con una fuerte difusión en Europa) una gran importancia. Se trata del fenómeno que ya se conoce comúnmente con el nombre de ADR (=*Alternative Dispute Resolution*), y que incluye, además de la figura tradicional del arbitraje, una serie de instrumentos de mediación y conciliación. En sustancia, la crisis de funcionalidad de la administración ordinaria de justicia se convierte en un impulso muy fuerte para la búsqueda de formas «alternativas» de solución de controversias. El fenómeno es tan evidente, y tan grave, que en muchos casos (como en Italia, aunque la tendencia está muy difundida) es el propio legislador estatal quien prevé estas alternativas, con la esperanza de que muchas controversias se resuelvan «fuera» del proceso, y por lo tanto que se reduzcan en alguna medida las dimensiones de la crisis de funcionalidad de la justicia ordinaria. Se trata de una tendencia en fase de «expansión» en varios ordenamientos, y ya tan compleja que no es posible discutirla aquí ni siquiera de modo sumario. Me limito por tanto a señalar dos puntos que considero muy importantes: a) contrariamente a lo que muchos piensan, el creciente uso de formas de ADR no es un factor positivo, sino la señal evidente de la crisis de la justicia ordinaria: es un signo de patología, no de salud del sistema procesal; b) también contrariamente a lo que muchos piensan, no todo es bueno en el ámbito de los ADR. Se vienen señalando desde hace tiempo inconvenientes, injusticias, degeneraciones y desigualdades en el funcionamiento de muchos instrumentos «alternativos», así que sería absurdo depositar en ellos una confianza indiscriminada. Al contrario, el problema actual en este sector consiste precisamente en determinar, y posiblemente eliminar, los defectos que en muchos casos se manifiestan. En resumen, probablemente es imposible –ahora, y aún más en el futuro– prescindir de instrumentos de ADR. Sin embargo, no hay que olvidar que éstos representan, de todos modos, una solución «de reserva», si no de «serie B», respecto de la tutela jurisdiccional de los derechos, y que no es raro que produzcan «malas» o injustas resoluciones de las controversias.

4. Siendo muy variadas y complejas las modalidades de crisis de la ley procesal, no es posible abordar en pocas líneas las razones de esta crisis, que son, a su vez, variadas y complejas. Se puede, sin embargo, tratar de determinar –obviamente en términos muy generales– los factores principales que de algún modo la explican.

Un primer factor importantísimo, al cual ya se ha hecho referencia, está representado por la violenta aceleración de las transformaciones socio-eco-

nómicas que se verifica desde hace ya algún decenio en todo el mundo, pero especialmente en las áreas más avanzadas. Este fenómeno produce importantes problemas en muchas áreas del derecho (desde el derecho contractual al derecho tributario), pero estos problemas son especialmente graves en el ámbito de la ley procesal. El legislador procesal se encuentra con mayores dificultades para reaccionar tempestivamente ante estas transformaciones, sea por razones institucionales (cada reforma del proceso afecta a los derechos fundamentales del ciudadano, a la función del juez, a la intervención del Estado en las controversias privadas, etc.), sea por razones prácticas (esencialmente derivadas del hecho de que es muy difícil garantizar un buen funcionamiento de la justicia en condiciones de estabilidad socio-económica, y que esto se hace tendencialmente imposible en situaciones de rápida transformación). Estas dificultades se traducen en retrasos, lagunas, confusión, bajo nivel cualitativo de las normas y ausencia de un diseño orgánico en la base de la disciplina legal del proceso.

Un segundo factor muy importante es el representado por la creciente influencia (y algunas veces por su prevalencia sobre otros factores) de estímulos «corporativos» de diversa naturaleza. Como ya se ha señalado, sucede cada vez con más frecuencia que las decisiones de política procesal vienen determinadas por intereses de categorías o de grupos de sujetos: se trata, algunas veces, de los trabajadores dependientes, que obtienen un «proceso especial de trabajo» más rápido y eficaz; otras veces de los comerciantes, que mantienen tribunales propios (como los *tribunaux de commerce* franceses) o imponen reformas del arbitraje comercial que lo hacen más eficaz y ventajoso; de los consumidores, que solicitan u obtienen formas de tutela jurisdiccional colectiva, etc. Pero, con frecuencia, se trata de los intereses corporativos de las profesiones que operan dentro de la administración de justicia: a veces, reformas potencialmente eficaces del proceso son impedidas por la oposición de estos profesionales, extremadamente atentos a evitar cualquier innovación que pueda incidir de algún modo sobre los intereses de los abogados (en Italia se han producido numerosos y significativos ejemplos de ello); además, no es raro que la magistratura favorezca o se oponga a reformas del proceso civil o penal, a veces en nombre de los valores generales relativos al buen funcionamiento de la justicia, pero también frecuentemente para la tutela de los intereses específicos de los jueces.

Una tercera razón de la crisis está determinada por la falta de certeza que se manifiesta en torno a los fines fundamentales de la administración de justicia, y que se refleja «hacia atrás» en el modo de concebir y configurar la ley procesal, provocando conflictos y confusiones. Por ejemplo, se concibe de manera diversa la racionalidad interna y funcional de una determinada

disciplina del proceso penal, y se configuran de formas diversas eventuales reformas, según se considere que la finalidad del proceso penal sea la de llegar a la verificación y a la punición de los delitos o, en su lugar, se opine que el proceso sirve sobre todo al imputado para hacer valer sus defensas. En el ámbito del proceso civil, el modo en que se concibe la función y la estructura del modelo procesal (por ejemplo, a propósito de la distribución de los poderes entre el juez y las partes) varía profundamente según se defina la función del proceso en términos de actuación del derecho sustancial en el caso concreto o en términos de pura y simple resolución de controversias privadas entre sujetos privados. La falta de certeza sobre la definición de los fines del proceso determina la crisis de la ley procesal en varios niveles. Por un lado, puede suceder que un modelo de proceso sea adecuado al fin A pero no al fin B, por lo que la elección entre una y otra regulación del proceso se hace imposible –o casual y, de todos modos, difícil– incluso en el plano de eventuales reformas. Por otro lado, se hace imposible establecer si un sistema procesal dado es o no instrumentalmente funcional (y, por lo tanto, si merece o no ser cambiado), ya que una valoración de este tipo presupone, al menos, un mínimo de acuerdo en torno a los resultados que con ese instrumento se querían conseguir.

En el trasfondo de estos problemas está presente el hecho de que muchos ordenamientos se encuentran en una fase de transición socio-cultural más que de transformación económica global. En esta transición, muchos principios y valores fundamentales cambian de significado y vienen a configurarse en términos más vagos y, a menudo, conflictivos. Así, se pueden señalar importantes aspectos de la *crisis de la cultura jurídica* en general, que en este momento resultan capaces de construir (o reconstruir) modelos conceptuales coherentes que puedan ser usados como esquemas de referencia para nuevas leyes procesales racionales. Por ejemplo, algunos discuten si la «justicia del Estado» está siempre privilegiada respecto de las diversas formas de «justicia privada». Esto es, se pone en duda si el proceso debe concebirse todavía como un instrumento de justicia social y de tutela y realización de los derechos (sobre todo de aquéllos pertenecientes a los sujetos «débiles») o si, por el contrario, debe ser considerado como una forma regulada de combate o competición en la cual es justo y racional que venza el más fuerte. Como consecuencia de esto, también está en discusión la función institucional del juez, debiéndose decidir acerca de si es o debe ser árbitro del combate o *manager*, aplicador de la ley o mediador, pasivo o activo, etc. En otras ocasiones, se discuten muchos problemas que hacen referencia a la estructura del proceso, estando abierta la elección entre modelos de diversa estructura, entre formas acusatorias y dispositivas y formas inquisitivas, entre procedimientos ordinarios y procedimientos sumarios. Que

surja esta variedad de temas de discusión, de opiniones y de contrastes es normal en una situación en la que los problemas que se refieren a la ley procesal se hacen cada día más importantes y complicados. Lo que aquí interesa poner de manifiesto es, sin embargo, la situación de gran dificultad en la que la cultura jurídica en general, y la del proceso en particular, se encuentra en este momento.

5. Frente al panorama trazado hasta ahora, puede parecer ingenuo pensar en los posibles remedios, siendo tantas y tales las razones de la crisis de la ley procesal. Pero no parece imposible trazar las líneas a lo largo de las cuales podría desarrollarse una reflexión orientada, bien a recuperar, bien a construir en términos nuevos y originales respecto al pasado, la racionalidad del proceso en una medida significativa, en los dos significados que se han distinguido al principio. Naturalmente, no es posible proponer aquí soluciones específicas a los infinitos problemas que originan la crisis de la ley procesal en los distintos sistemas.

Pero sí se pueden indicar tres direcciones de estudio y de reflexión que podrían ser útiles, al menos, para afrontar esta crisis. Ante todo, es necesario una decidida mutación en la cultura procesalista, que debe superar una serie de actitudes obsoletas, formalistas, legadas por la dogmática tradicional. Esta mutación, ya en marcha aquí y allá en algunas áreas avanzadas de la doctrina procesal, debería seguir tres direcciones recíprocamente complementarias e integradas: la *globalización* del análisis, fruto indispensable del hecho de que muchos de los problemas que surgen tienen ya dimensiones que no se limitan a ordenamientos particulares, sino que tienden a afectar a nivel mundial a las instituciones judiciales y a las administraciones de justicia; el empleo sistemático de la *comparación*, como método de análisis y de confrontación de las líneas de evolución de los diversos sistemas procesales y como instrumento para formular y hacer circular informaciones y posibles soluciones en relación con estos problemas; el estudio *interdisciplinar* de los temas relativos a la justicia y a la ley procesal, siendo ya evidente la necesidad de integrar el estudio técnico-jurídico tradicional con el método del análisis sociológico y económico y con las contribuciones que pueden provenir de otras áreas de la cultura, desde la epistemología hasta el análisis del lenguaje y la psicología.

Una segunda dirección debería ser la de la recuperación y la reformulación de los valores fundamentales y de los principios generales que se consideran válidos para el proceso civil y penal en los ordenamientos avanzados en este momento histórico y para un previsible futuro. Es necesaria una redefinición profunda y orgánica de los sujetos a los que hace referencia la administración de justicia, no siendo suficiente el concepto abstracto de

«sujeto de derecho» o de «parte», y de los *intereses* o de las *situaciones jurídicas* que necesitan encontrar tutela en la ley procesal, no siendo adecuada la referencia al catálogo tradicional de los derechos subjetivos procedente de los códigos. Es necesario, además, un análisis más profundo de los derechos procesales y de las garantías constitucionales del proceso, en un cuadro socio-político en el cual, por un lado, no son suficientes las garantías meramente formales pero, por otro lado, el discurso completo sobre los derechos y las garantías debe ser todavía completado en muchos ordenamientos.

Una tercera dirección es, en alguna medida, más específica, y hace referencia a una necesaria redefinición sistemática de los instrumentos de tutela procesal. Para mostrar sólo algunos ejemplos, se trata de aclarar la función de la tutela cautelar y sumaria respecto de la tutela ordinaria, para establecer hasta qué punto se pueda extender la primera reduciendo el ámbito de la segunda, aunque sea la tutela ordinaria la que ofrece el máximo de garantías. O bien, se trata de reformular el problema de la actuación ejecutiva de los derechos sobre el plano de la exigencia de efectividad de la tutela, superando las lagunas y las ineficiencias que caracterizan a muchos ordenamientos procesales. Aún más, se trata de establecer cuándo y sobre qué materias resulta irrenunciable el recurso a la «justicia del Estado» y cuándo, en cambio, es razonable dejar espacio a formas alternativas, o bien cuándo es necesario acudir a la justicia «pública» y cuando, en cambio, es más oportuno el recurso a la justicia «privada».

El elenco de las tareas a realizar, así como de los problemas metodológicos y culturales que esperan a ser resueltos, podría continuar todavía más, pero no es ésta la ocasión para escribir un completo «libro de los sueños». Por otra parte, la experiencia muestra que la dialéctica entre racionalidad y crisis de la ley procesal no se sitúa en un momento específico de la historia, sino que tiende a ser una suerte de historia sin fin, en cuanto reflejo de los cambios sociales, económicos y políticos que siempre vuelven a proponer nuevas «necesidades de justicia».

(Trad. de Mercedes Fernández López)

Francisco J. Laporta

«MATERIALES PARA UNA REFLEXIÓN SOBRE RACIONALIDAD Y CRISIS DE LA LEY»

DOXA 22 (1999)

MATERIALES PARA UNA REFLEXIÓN SOBRE RACIONALIDAD Y CRISIS DE LA LEY

Francisco J. Laporta
Universidad Autónoma de Madrid

Para ceñirme al tema que los organizadores han dado a esta mesa redonda voy a recordar algunos sentidos diferentes de «ley» y a tratar de emparentarlos de algún modo con diversas ideas de «racionalidad» y con algunos de los fenómenos a los que suele hacerse referencia cuando se habla de «crisis de la ley». Después, para dar a esto una forma lo más cercana posible a un debate sugeriré algunos problemas que me plantean todas esas cosas, mucho más con ánimo de incitar a la discusión que con el de ofrecer soluciones.

Creo que en contextos jurídicos cabe distinguir con cierta claridad tres sentidos de «ley». En primer lugar, «ley» puede servir simplemente como forma de expresión de lo que es un cierto peldaño o escalón de lo que se llama, a partir de Merkl y Kelsen, *Stufenbau* o construcción en gradas del orden jurídico. Supongo que esta es la acepción más formal de «ley» que podemos manejar. De acuerdo con ella se ha entendido comúnmente que «ley» era un peldaño de esa estructura y en concreto el peldaño inmediatamente inferior a «constitución». Durante un largo periodo se supuso que era el peldaño más importante en términos normativos porque la Constitución no tenía una fuerza vinculante inmediata sino que, se decía, era meramente programática. Aunque su evocación como símbolo podía ser muy profunda en muchas circunstancias históricas, su vinculatoriedad, o como se dice entre nosotros desde la obra de García de Enterría, su calidad de «norma jurídica» no existía plenamente. La ley era la norma jurídica vinculante por excelencia y, dadas las débiles características normativas de la constitución, era la norma de superior jerarquía. Pues bien, cuando se empieza a imponer el mecanismo del control de constitucionalidad tal y como lo concebimos hoy (que en Europa fue bastante tarde, cfr. Cruz Villalón, 1987), cambia radicalmente este panorama. En ese cambio podemos asociar a la ley un primer modelo de «racionalidad» y podemos contemplar ya un primer sentido de «crisis de la ley». El modelo de racionalidad es el deductivo-formal y es

el que se deriva de concebir el control de constitucionalidad como un juicio de «adecuación», es decir, de coherencia o de consistencia entre dos enunciados normativos, por una parte el enunciado constitucional que funciona como parámetro de control y por otra parte el enunciado legal. Expresa o tácitamente se pretende aquí que estamos ante un supuesto de racionalidad deductiva. Solo si el enunciado legal es una consecuencia deductivamente posible de las premisas constitucionales (o al menos una consecuencia no imposible) nos encontraremos con una ley válida. Generalmente se suelen hacer aquí muchas protestas contra el modelo deductivista tachándolo de irreal, anticuado, etc. pero lo que subyace a todo control de constitucionalidad es la exigencia de consistencia semántica de dos enunciados jurídicos. Sobre los problemas que ello plantea en el terreno de la filosofía de la lógica creo que no vale la pena entrar ahora.

Por lo que respecta a la crisis de la ley, ésta se ha producido porque el parámetro constitucional de control ha adquirido un protagonismo nuevo. Se ha tornado tan omnipresente y operante que las leyes han sido desplazadas a un segundo plano y la validez misma de las leyes ha sido desplazada a un terreno cercano a la incertidumbre. Esto puede suceder o bien porque el lenguaje constitucional sea muy indeterminado o bien porque algunos mecanismos procesales, como los de control difuso o la cuestión de inconstitucionalidad, puedan ser ejercidos virtualmente en cualquier momento. El resultado en cualquier caso es que el bloque constitucional adquiere una gran presencia e intensidad y una enorme cantidad de problemas que hasta ahora se planteaban y resolvían en el nivel de la legalidad, se proyectan ahora hacia la Constitución y apelan a ella. Este es un fenómeno que cuando supera una cierta medida produce lo que podemos llamar «sobreconstitucionalización» *(overconstitutionalization)*. Aunque la sobreconstitucionalización no es algo de lo que vaya a ocuparme aquí, no quiero dejar de mencionar que puede tener el efecto perverso de deteriorar a la Constitución misma y a los órganos de control constitucional. Pero el resultado que nos interesa ahora es que la ley está en permanente interinidad y en una posición subalterna, porque es interpretada y contemplada no por sí misma sino como una suerte de sospechosa permanente que hay que vigilar a la luz de la Constitución. Con ello, apenas es preciso decirlo, ha perdido el prestigio que acostumbró a tener en tiempos. Nos hemos acostumbrado a ver a las Cámaras legislativas puestas en tela de juicio y a las leyes sobreinterpretadas y rechazadas por inconstitucionales con cierta frecuencia. La reputación de que disfrutaban se ha trasladado a la Constitución.

La segunda acepción de «ley» en contextos jurídicos es la que la define como expresión de la voluntad general. En este sentido la «ley» es una norma o una secuencia de normas que se produce en un cierto órgano de deci-

sión que acostumbramos a pensar que representa o expresa la voluntad general. Se trata en este caso de una acepción no puramente formal sino procedimental. Se llama ley a la norma que surge de las asambleas que representan al pueblo. Por traslación tramposa se ha venido llamando también «ley» a cualquier norma que surgía de cualesquiera asambleas legislativas, fueran o no representativas, pero esto aquí no nos interesa. Nosotros nos quedaremos con la idea de que la ley es ley porque es una emanación de la voluntad general expresada en el órgano de decisión que representa o reproduce esa voluntad general. Por eso a la ley se le atribuye primacía absoluta entre las fuentes. Y la ley vehicula el interés general porque es el producto de la composición de los intereses particulares en esa voluntad unitaria, la voluntad legislativa. El tránsito de los intereses y preferencias particulares a una única decisión que los integra y compone y se expresa en el acto de voluntad del poder legislativo, apenas es preciso decirlo, es una de las más grandes incógnitas de esta acepción de ley. Aquí nos sale al paso una nueva evocación de la racionalidad, la de racionalidad decisoria, que parece tener un remoto aire de racionalidad inductiva. Según ella el enunciado legislativo se pretende racional porque está construido a partir de los enunciados particulares de intereses o preferencias individuales. En la medida en que el proceso logre integrar y componer esos intereses en una decisión común a todos es un proceso racional, como es racional el proceso inductivo que va de las premisas fácticas particulares a una afirmación general. Y es también racional que los individuos acepten esa decisión común porque al hacerlo no están sino persiguiendo sus propios intereses incorporados a esa decisión. Esta visión del proceso legislativo, como se sabe, está sometida a un severo escrutinio. Al menos desde Condorcet sabemos que las cosas no son tan fáciles. Incluso, desde Arrow, tenemos la vehemente sospecha de que son imposibles manteniendo unos criterios formales mínimos. De forma que esta acepción de ley tendría que enfrentarse con esas críticas. Y temo que aquí la pretensión de racionalidad sea tan vulnerable como se pueda imaginar.

Lo problemático, sin embargo, es que la crisis de la ley no proviene sobre todo de que podamos afirmar desde la teoría de la elección colectiva que el órgano de decisión no es capaz de acometer el proceso racional de componer las aspiraciones individuales, sino de dos circunstancias, una más política y otra más jurídica, que han adquirido en estos últimos años una particular intensidad. En primer lugar la fortísima deslegitimación a que han sido sometidas las asambleas legislativas ante la opinión pública mediante esa literatura que tan bien se ha vendido sobre la oligarquización de las organizaciones políticas, el irremediable sectarismo de los partidos, la moralidad de los políticos y todas esas cosas. En segundo lugar el hecho de que el pro-

ducto característico de las asambleas legislativas, es decir, la ley, ha llegado a perderse en una selva de normas jurídicas de una fuerza y un ámbito de validez equivalentes al de ella y que, sin embargo, no son producidas por ese órgano legislativo. En esto la evidencia empírica es aplastante (Cfr., Zapatero 1996). No solo las normas que emanan de los llamados «Ejecutivos fuertes» (en todas sus acepciones: tanto como Administración que emite normas como en su condición de Gobiernos que imponen sus proyectos de ley a las Asambleas casi sin oposición ni discusión); también las que se originan en las relaciones internacionales, como los tratados, o las que se producen en el ámbito de organizaciones internacionales con competencias para vincular a sus socios, como la Unión Europea. Aquí la crisis de la ley no proviene tanto de su subordinación a un parámetro normativo superior como, por un lado, de la pérdida de importancia en su función reguladora, de su irrelevancia como pauta de guía de la conducta y de resolución de conflictos.

Y vamos con el tercer sentido de «ley» en contextos jurídicos. Aquí nos internamos un poco más dentro de la norma para identificar dos rasgos de su estructura que se han pretendido típicos de esa norma que llamamos «ley»: la generalidad y la abstracción. De acuerdo con esta acepción solo pueden ser llamadas estrictamente leyes aquellas normas que son generales y abstractas. Se ha pensado que ello autoriza incluso, en combinación con la primera acepción antes vista, a hablar de «ley» en *sentido material*, que sería aquella que cumple con estos dos requisitos y no se halla bajo otra situada en peldaños superiores de la pirámide (salvo la propia Constitución), y «ley» en *sentido formal*, que sería aquella que lo es simplemente por emanar del órgano legislativo. Dejando a un lado esta distinción, que fue criticada ya desde su mismo nacimiento, lo importante para nosotros es ver qué sentido de racionalidad se atisba en esta tercera acepción y cómo sufre hoy la crisis de que estamos hablando. Empecemos por la racionalidad. La racionalidad a la que aquí parece apelarse es de la misma naturaleza que la que inspiró la exigencia kantiana de universalidad de la pauta moral. La razón solo puede hablar con leyes generales en el sentido de que lo que se predica de algo tiene necesariamente que ser predicado de todo aquello que tenga las mismas propiedades que ese algo. Trasladado al ámbito normativo esto querría decir que solo se puede predicar racionalmente de un acto que es obligatorio, prohibido o permitido si todos aquellos actos que son iguales a él en sus aspectos relevantes también lo son. La racionalidad impone que el contenido de la norma sea un *act-type* y no un *act-token*. Y por lo que respecta al destinatario, exactamente igual: Si alguien se encuentra bajo una obligación o una prohibición, la racionalidad exige que todos aquellos sujetos que sean iguales a ese alguien en sus aspectos relevantes

estén bajo la misma obligación o prohibición. Como todos sabemos, aquí la idea de racionalidad y la idea de igualdad formal están tan interpenetradas que es difícil deslindarlas. Pero dejemos esto a un lado. Mi posición respecto a esa vecindad entre ley y razón es que por arduo que sea fijar algunos términos de este postulado (fundamentalmente, cuando nos encontramos ante dos actos o destinatarios iguales en todos sus aspectos relevantes), creo que este concepto de racionalidad es inatacable y expresa una condición necesaria del Estado de Derecho.

Pero la crisis de la «ley» no ha venido en este caso, me parece, por un problema de falta de racionalidad de esa exigencia estructural, sino porque cada vez con más frecuencia el tipo de leyes que emanan del legislativo no cumplen esos requisitos. Habrá quien diga, con Hayek, que cuando nos embarcamos en tareas de justicia distributiva es imposible que lo hagan. Yo no lo creo así, pero lo cierto es que cada vez nos encontramos más con cosas como leyes *de caso único,* leyes *ad hoc,* leyes *fotografía*, leyes *programa*, *Masnahmegesetze,* leyes *provedimento*... y todos los apelativos que quieran añadir para designar a ese tipo de leyes que aunque lo son por su rango y su origen se dirigen a unos destinatarios definidos y tratan de actos singulares. Para usar una terminología que sugirió MacCormick podemos estar pasando de un sistema jurídico de «providencia general» a un sistema de «providencia especial», con todos los riesgos que ello comporta (en el caso, claro está, de que sea posible). Lo que aquí puede subrayarse es que se abandona el tipo de racionalidad que acabamos de ver en nombre de otro tipo de racionalidad, en concreto la racionalidad que se llama típicamente racionalidad instrumental. La idea que subyace a esta novedad es que el legislador puede usar el mecanismo de la ley como un instrumento, una herramienta, un medio para conseguir, no un fin general o de alcance general, sino un fin concerto: instalar un parque de atracciones, enfrentar una catástrofe, liberar a unos presos, y cosas similares. Por lo que respecta a lo que aquí podamos entender como «crisis de la ley» las cosas están razonablemente claras. Ésta ha perdido toda su grandeza de pauta de reconocimiento general de derechos y deberes para transformarse en una mera regla técnica al servicio de las *policies* del gobierno.

Hasta aquí no he hecho sino resumir algunos datos conocidos de todos que han sido recordados muchas veces, entre otros, hace bien poco, por Liborio Hierro y, recentísimamente, por Luis Prieto. Me voy a limitar ahora a enunciar algunos de los problemas que suscita todo ese complejo proceso y que me parecen los más relevantes para un debate. Seguiré el orden de exposición que he traido hasta aquí.

En primer lugar, por lo que respecta a ese fenómeno general de proyección sobre la Constitución de toda la fuerza vinculante del derecho, algunas

observaciones, a modo mucho más de incitaciones o preguntas, vienen aquí a cuento. Podríamos por ejemplo sugerir que si en el centro de la noción misma de Estado de Derecho se encuentra la exigencia de predecibilidad de las decisiones del poder, entonces la constante interinidad de la ley bajo el parámetro constitucional socava bastante dicha predecibilidad y con ella la certeza del derecho. Se podría entonces afirmar que este no es el caso porque precisamente esa predecibilidad y certidumbre se garantizan por la Constitución misma, pero esto no es del todo convincente. Si la Constitución, como no puede ser menos, incorpora principios, valores, fines, standards, ideales, etc. más que normas de conducta o competencia en sentido estricto, entonces la certidumbre tiende a disminuir por dos razones: en primer lugar porque los valores, los principios, los fines, etc. definen estados de cosas últimos pero no las vías para alcanzarlos, que pueden ser conductas muy variadas (Cfr. von Wright) y en consecuencia las acciones de las agencias de poder no son claramente previsibles. Pero en segundo lugar, y creo que mucho más importante, porque es difícil pensar que dispongamos de un conjunto de criterios apropiados para gobernar la corrección, o la racionalidad si Vds. quieren, que conduce de los principios a la solución de casos concretos. En el caso de que no haya lo que se ha llamado «colisión» de principios (una noción extremadamente problemática, como veremos ahora), el *iter* argumental no va, como se pretende, de la pauta de valor o principio al caso, sino que, si Alexy y MacCormick tienen razón, se parte del valor o principio, se especifica después éste en una norma general y abstracta de entre las varias posibles y después se soluciona con ella el caso. Esto nos pone ante el vidrioso tema de la legitimidad del aplicador para inferir la norma general, es decir, el equivalente a la ley, que constituye ese paso intermedio. Después volveremos a él. Pero me interesa más ahora que nos pongamos en el caso de que efectivamente haya eso tan problemático que se llama «colisión» de principios. Digo que es problemático porque a mí me parece, una vez más, que solo sabemos si hay colisión de principios o valores, **no** en abstracto, cuando cotejamos las formulaciones de esos principios y valores, sino en un momento posterior, cuando pensamos que alguien, un sujeto o una agencia de poder, **debe** o **no debe** hacer algo para realizar el valor, y otro o el mismo alguien, **debe** o **no debe** hacer algo no compatible con ello, es decir, sabemos que hay colisión de principios cuando hay colisión de las normas que los desarrollan. Y la pregunta, otra vez, es ¿quién **crea** esa norma?. Pero dejemos esto ahí y supongamos que hay colisión directa de principios. Aquí la cosa es más grave porque entonces lo que se propone como salida es un procedimiento mental usualmente llamado «ponderar» o «sopesar» (*weighing*) o «balancear» (*balancing*) que es directamente una argumentación moral a partir de principios o standards po-

sitivamente mencionados en el texto Constitucional. Pues bien, la incógnita aquí es si disponemos de unos criterios adecuados para contrastar la fiabilidad de un procedimiento de estas características de forma tal que podamos decir que se ha llegado con corrección a la solución, que hay una o unas soluciones buenas y una o unas malas, o que el argumentador se ha equivocado o no se ha equivocado y por qué. Por lo que a mí respecta tengo que decir que casi siempre que se llega a una solución de este tipo tengo muchas dudas. Por ejemplo, la solución del famoso caso de la niña extranjera adoptada, con el que Zagrebelsky parece estar tan satisfecho, me parece a mí una aberración moral; la famosa ponderación de bienes de la sentencia del TC en materia de interrupción del embarazo me parece tonta (dos médicos en vez de uno, por ejemplo); la inexistente ponderación del TS en el caso de los papeles del CESID entre seguridad nacional y garantía procesal del individuo me parece eso... inexistente. Y así muchas más. La cuestión es que las sentencias judiciales (o las soluciones, sea quien sea quien las proponga) en lugar de saldar el problema, parecen más bien el inicio de la discusión, con lo que las sospechas de que la llamada ponderación carece de criterios fiables de contraste y que tiene mucho de «subjetiva», como suele decirse, se incrementa mucho. Esto de «subjetiva», por cierto, hace referencia a una pregunta muy relevante porque nos proyecta sobre los problemas más peliagudos de la filosofía moral. ¿Estamos seguros, por ejemplo, que toda esta nueva dimensión del derecho no nos compromete con una visión cognoscitivista, realista y racional de la ética? ¿Estamos dispuestos a asumir tal cosa o seguimos afirmando, como lo hace la mayoría de los jueces que eso de la ética es «muy relativo»? Pero dejemos esto también. La pregunta que es más usual en este terreno es ésta: ¿Es la Constitución la que ordena y mide el peso de los valores o es la ordenación y medida del aplicador la que se impone? La respuesta aquí suele ser que es la Constitución unida a las «circunstancias del caso», pero esto, suponiendo que sea correcto, no hace sino aumentar mis preocupaciones porque si uno es partidario de la «igualdad ante la ley» entonces tiene que estar acostumbrado a pensar que eso significa que una gran cantidad de «circunstancias del caso» no deben contar a la hora de dar la solución. Dejando a un lado que determinar qué circunstancias del caso cuentan y qué circunstancias del caso no cuentan es legislar, no es tampoco imposible pensar que una secuencia de soluciones que se basen en la pareja principio general-caso particular no va a tener ni estabilidad, ni predecibilidad, ni igualdad formal, tres exigencias fundamentales del Estado de Derecho.

Sin regodearme en otros aspectos relacionados con nuestra facilidad para cambiar de concepción del derecho académicamente sin pensar las implicaciones que tienen esos cambios en el resto de nuestras convicciones, la

enseñanza en las Facultades y la formación de los operadores jurídicos, vamos a los problemas de la segunda visión de la crisis de la ley. Aquí la cuestión es, como es fácil imaginarse, de legitimidad de origen. El motivo de preocupación es que lo que está en crisis por una u otra razón es aquel tipo de pauta que tenía la legitimidad popular en su favor, y los instrumentos normativos que tienden a sustituirla adolecen todos ellos de lo que se ha llamado una «déficit democrático» (los que provienen de fuentes internacionales o de decisiones burocráticas de la Administración) o de una total falta de democracia (los que provienen de decisiones judiciales). Esto no es un tema traido aquí por los pelos. En la discusión sobre los fundamentos del control de constitucionalidad ya lo anunció Kelsen, y es lo que se llama al menos desde Bickel, «objeción contramayoritaria», que está lejos de haber sido respondido satisfactoriamente. Porque desde luego lo que no es una respuesta satisfactoria es volver a apelar aquí a la Constitución como depósito de la legitimidad mayoritaria. En primer lugar porque no es nada infrecuente que decisiones de organismos internacionales, como la Unión Europea, se impongan a las Constituciones y cuando haya una provisión contraria a su tenor sean las Constituciones las que se apresuren a reformarse, en lugar de rechazar las provisiones internacionales como sería lo lógico. Pero en segundo lugar porque cabe preguntarse qué plus de legitimidad democrática tiene la Constitución con respecto a la ley democrática que le impida a ésta operar una modificación sobre aquella cuando lo desee por simple mayoría. En este caso el control de constitucionalidad de leyes ordinarias no tendrá sentido. Históricamente la mayoría de las Constituciones tienen un origen menos democrático que cualquier ley que se discuta hoy, pero aún en el supuesto de que tengan el mismo ¿por qué dar tanta prioridad a la Constitución? Hay, como es sabido, una conocida teoría: la de los dos «momentos», por llamarla de alguna manera. Según ella en el *momento* constituyente hay una especial tensión que hace que aparezca allí el interés general, el bien común y las exigencias de la moral (algún autor lo ha emparentado con la *original position)*. Por el contrario en el *momento* meramente legislativo los actores se encenagan en sus estrechos intereses partidistas. Al margen de su psicologismo, esta teoría es incomprensible cuando se da históricamente la circunstancia de que los dos momentos son vividos por los mismos diputados, como pudo ser en tiempos el caso español. Y además es falsa, porque todos sabemos que muchas previsiones constitucionales son introducidas en el proceso constituyente como exigencias de partido (o de los «americanos»), requerimientos del clero, peticiones de los colegios profesionales o demandas de la etnia de cada cual. Así que para defender la Constitución como algo superior en «pedigree» solo quedan dos salidas: o bien decimos que la Constitución es la norma democrática positiva superior

del ordenamiento y ahí acaban las cosas, que es, me parece, la posición más común, pero entonces hemos pasado simplemente de un positivismo de la ley a un positivisimo de la Constitución sin explicar bien ese paso ni dar razones en su favor. O bien afirmamos, como se hace alguna vez, que la Constitución tiene «valores materiales» o principios sustantivos de justicia, con lo cual la Constitución no vale por sí misma, sino que vale en tanto que valen por sí mismos esos valores o principios, lo que es un camino que puede o no recorrerse pero que significa dos cosas: en primer lugar que el origen democrático de la norma nos trae, en realidad, sin cuidado, y en segundo lugar, que hemos abandonado la Constitución y navegamos ya en el mar abierto de la argumentación moral. Si es así, creo que hemos perdido ya más de la mitad de los rasgos del Estado de Derecho.

Por último y brevemente, los problemas que plantea el tercer sentido de «crisis de la ley» que hemos visto. La incógnita que mina ese modo meramente instrumental y particular de entender la práctica legislativa no es solo de naturaleza moral, es decir, no se cierne solo sobre cuestiones de igualdad o sobre la justificación moral de tratar a los destinatarios y sus conductas como medios para conseguir un fin, sino que se pregunta en primer lugar si este tipo de racionalidad opera en contextos de relaciones humanas. La cuestión es si la relación instrumental medio-fin, que podemos establecer con mucha eficacia en el tratamiento de la realidad natural, puede ser extendida sin más a la realidad de las interrelaciones humanas. Y esto es altamente dudoso, al menos en un grado suficiente como para poder hablar, efectivamente, de práctica racional de legislar. No es solo que muchos datos sean imposibles de recolectar y tener en cuenta por el legislador, lo que transforma este tipo de actividad normativa en un problema de dudosa solución, es que además los mensajes que emite el legislador no pueden ser palancas de inducción instrumental porque no son recibidos por un agente racional que los integra en su conjunto de motivaciones y los jerarquiza con otros muchos. La combinación de la necesaria falta de información con la actitud consciente y activa del agente es lo que produce con tanta frecuencia fenómenos como la ineficacia de las normas, los efectos no queridos de la legislación y en definitiva la dudosa capacidad instrumental de la legislación. Pero, en segundo lugar, hay aquí también un problema relativo al concepto mismo de legalidad de la actuación administrativa. Si se utiliza una norma con rango de ley para desarrollar medidas de administración, entonces se hurtan a esas medidas al control ordinario de legalidad y se proyectan directamente sobre la Constitución todas las tareas de control de la Administración. Con ello estamos de nuevo sobrecargando la adjudicación constitucional de un modo suicida. Sobre todo si aceptamos alguna de las soluciones que se han propuesto sobre el tema tan traido y llevado por las

administrativistas de si la discrecionalidad de la Administración es o no controlable. En ese caso virtualmente toda ley-medida sería proyectada al Tribunal Constitucional, con los resultados que cabe suponer.

Tras la reunificación de Alemania una conocida disidente de la República democrática, Bärbel Bohley, pronunció una frase que se hizo famosa: «Esperábamos la Justicia pero ha venido solo el Estado de Derecho». Yo, por mi parte, temo que hayamos disfrutado de esa condición necesaria para la Justicia que es el Estado de Derecho y corramos el riesgo de perderla por caminar una vez más hacia un horizonte de pretendida Justicia material que no sabemos muy bien en qué consiste. Preferiría que hiciéramos un esfuerzo para volver a guiarnos por un ordenamiento cuyo núcleo duro fuera un conjunto de leyes generales y abstractas, coherentes con la Constitución y aplicadas rigurosamente por los jueces, y si esto es imposible debido al irreversible proceso de crisis de la ley del que somos testigos, que no perdamos al menos la conciencia de que el Estado de Derecho y la Democracia misma se pueden estar diluyendo con él.

Michel Troper

«LA MÁQUINA Y LA NORMA. DOS MODELOS DE CONSTITUCIÓN»

DOXA 22 (1999)

LA MÁQUINA Y LA NORMA. DOS MODELOS DE CONSTITUCIÓN

Michel Troper
Universidad de ParísX-Nanterre

Cuando se clasifican constituciones, lo más frecuente es tomar como criterios el género y el número de los órganos que ejercen las grandes funciones jurídicas del Estado, principalmente las funciones legislativa y ejecutiva, y eventualmente la función jurisdiccional. Se entiende así que cada tipo de constitución corresponde a un cierto tipo de atribución, de ejercicio y de funcionamiento del poder político.

Al proceder así, se presupone que las autoridades se comportan en conformidad con las reglas constitucionales, entendidas como obligatorias. Esta idea, la de que la eficacia de la constitución se encuentra asegurada por cuanto las autoridades se someten a reglas obligatorias, parece hoy ir de suyo. Podría incluso pensarse que se trata de una proposición analítica, porque no se puede definir la constitución más que como una especie del género norma, y una norma no obligatoria sería una *contradictio in adjecto*. Si hay una constitución, ésta es necesariamente obligatoria y, si es correctamente aplicada, el poder se encontrará repartido y será ejercido en conformidad con las intenciones de los autores del texto.

Sin embargo, esta concepción de la constitución no carece de problemas, porque en realidad nada garantiza que las reglas enunciadas en el texto constitucional sean efectivamente aplicadas. Los propios controles no garantizan nada, porque no puede existir ninguna certidumbre de que el controlador se someta él mismo efectivamente a las reglas que se supone ha de aplicar.

Existe, sin embargo, una concepción diferente de la eficacia de las constituciones, según la cual no se espera que los gobernantes se sometan libremente a reglas obligatorias, sino que la organización misma del sistema determine comportamientos a los que los gobernantes no puedan sustraerse.

A estas dos concepciones corresponden dos maneras de redactar, y también dos maneras de interpretar y de analizar la constitución. Aunque cada

una de ellas ha sido dominante en una cierta época histórica, ambas han podido estar simultáneamente en vigor; cada una de ellas ha podido evolucionar según su lógica interna y preparar la llegada de la otra; cada una de ellas puede servir para analizar cualquier constitución. Se trata, pues, no de representaciones históricas o de clases a las que cualquier constitución podría adscribirse, sino de modelos simplificados destinados a facilitar la interpretación de ciertos comportamientos de los constituyentes y de los poderes públicos constitucionales.

En la exposición que sigue, se procederá en primer lugar a la descripción de los dos modelos para indagar después de qué manera cada uno de ellos es susceptible de transformarse en el otro.

I. Los dos modelos

A. El modelo mecanicista: la búsqueda de garantías internas

1. El modelo mecanicista como modo de eficacia: la ingeniería constitucional.

Es evidentemente en el siglo XVIII, bajo la influencia y el modelo de la física de Newton, cuando el ideal de una constitución entendida como mecanismo, llega a ser dominante. El representante más importante de esta concepción es, por supuesto, Montesquieu.

Es sabido que el autor de *L'Esprit des lois* distingue tres formas de gobierno: la monarquía, el despotismo y la república, que puede ser aristocrática o democrática. En relación con cada una de estas formas de gobierno distingue la naturaleza (*lo que le hace ser tal*) y el principio o motor (*lo que le hace actuar*)[1]. La naturaleza del despotismo es que gobierna uno solo, pero sin leyes, según sus caprichos, la de la monarquía que gobierna uno solo, pero por medio de leyes fijas y establecidas, la de la república que el pueblo en su conjunto o ciertas familias tienen en ella el poder soberano[2]. En cuanto al principio, para la monarquía es el honor, para la república la virtud y para el despotismo el temor[3]. Dicho de otra forma, sin estas pasiones que son el honor, la virtud o el temor, estos gobiernos no podrían mantenerse y hacerse obedecer.

Pero Montesquieu tiene en cuenta igualmente otro elemento: el objeto hacia el que tiende cada uno de estos gobiernos, lo que cada uno de estos gobiernos produce en razón de su propia naturaleza. Cada tipo de Estado

[1] *Esprit des Lois*, L. III, C. I

[2] C. II

[3] *Ibid*. C. IX.

tiene un objeto que le es propio: el despotismo tiene por objeto *los placeres del príncipe*, la monarquía *su gloria y la del Estado*[4].

Montesquieu se ha dotado así de un instrumento que le permite deducir el objeto de la naturaleza y del principio. Pero, dado que existe una relación fija entre naturaleza y principio, por una parte, y objeto, por otra, se puede también invertir el problema e inquirir, para un objeto dado, cuáles son la naturaleza y el principio de gobierno que permitirán realizarlo. Es de esta forma como Montesquieu procede en relación con la libertad política.

Dado que la libertad es el objeto de la constitución de Inglaterra, es preciso investigar la naturaleza y el principio de esta constitución[5]. Montesquieu concluye, como se sabe, que la naturaleza de la constitución de Inglaterra es mixta, dado que se encuentra en ella un elemento monárquico, un elemento aristocrático y un elemento democrático. En cuanto al principio, éste es que cada uno de los grupos actúa de acuerdo con su interés, de forma que éstos están en disposición de equilibrarse mutuamente. Este gobierno produce la libertad política, en el sentido de que no se está sometido más que a las leyes –ésta es la forma como la define Montesquieu– y de que la legislación es necesariamente moderada.

La relación entre libertad política y constitución se entiende como verdaderamente causal. En el espíritu de Montesquieu, la libertad no está asegurada en Inglaterra porque la constitución ordene al poder ejecutivo actuar de acuerdo con la ley. La ley no es moderada porque la constitución prescriba al legislador la moderación. Estos resultados se obtienen porque, en virtud de una distribución de los poderes que tiene en cuenta los intereses y las pasiones, las autoridades constitucionales se ven costreñidas a hacer compromisos y no pueden producir más que leyes moderadas.

Estas ideas no son propias de Montesquieu y se las encuentra en un gran número de autores y de hombres políticos, como Blackstone, Thomas Paine o Madison y, por supuesto, en las asambleas de la Revolución francesa, particularmente en la Asamblea nacional constituyente de 1789[6].

Se encuentra una primera manifestación de ello en el artículo 16 de la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano:

Toda Sociedad en la que la garantía de los Derechos no esté asegurada, ni la separación de los Poderes determinada, no tiene en absoluto Constitución.

---

[4] Ibid. L XI, cap. V.

[5] «Hay también una nación en el mundo que tiene por objeto directo de su constitución la libertad política. Vamos a examinar los principios sobre los que la fundamenta. Si son buenos, la libertad aparecerá en ellos como en un espejo» (*Esprit des Lois,* L XI, cap. V).

[6] cf. Papatolias, Apostolos (1992), *Concepción mecanicista y concepción normativa de la constitución*, tesis Paris X, v. los pasajes citados en pp. 26-27, 30 y 38.

Este artículo no enuncia el criterio de una buena constitución, sino que da simplemente una definición de constitución: ésta no es otra cosa más que un cierto reparto de competencias, es decir, en el lenguaje de la época, una separación de poderes. ¿Por qué se ha insertado una definición en una Declaración de los derechos del hombre? Porque la separación de poderes produce libertad política en el sentido de Montesquieu: si los poderes no están separados, nadie será libre, es decir, nadie estará sometido solamente a las leyes, porque quien ha hecho la ley podrá cambiarla en el momento de aplicarla. Por el contrario, si los poderes están repartidos entre varios, el que ejecuta no podrá modificar la ley de acuerdo con sus caprichos y cada uno permanecerá sometido a la regla que conocía en el momento de actuar y que le permitía, así, medir las consecuencias de su acción, o dicho de otra forma, ser libre.

Se trata a la vez de la exposición de una relación necesaria, natural, entre reparto de los poderes y libertad y del derecho natural de cada hombre a vivir en una sociedad –según el artículo 16, es la sociedad quien debe tener una constitución– organizada de acuerdo con esta relación, de suerte que la libertad se encuentre en ella garantizada. Según los autores de la Declaración de los derechos del hombre, una constitución, sea cual fuere su contenido, produce la libertad política. Por otra parte, si el artículo 16 pudo ser adoptado por unanimidad, esto se debió a que dicho artículo no prejuzga en nada la futura distribución de los poderes y a que es compatible con cualquier organización, con tal de que en ella los poderes estén repartidos entre diversas autoridades.

Sin embargo, se pueden investigar otros efectos «necesarios» de una constitución, además de la libertad política. Es así como los primeros revolucionarios se esfuerzan por producir dos efectos más: que la legislación sea moderada, que la constitución sea inviolable.

1) una legislación moderada es una legislación que preserva la libertad. Pero la libertad de la que se trata no es ahora la libertad política. Es la libertad civil, la libertad como autonomía de los individuos, como derecho a actuar como se quiera dentro de ciertos límites. La legislación preserva esta libertad si ella es el resultado de compromisos y si cada grupo dispone del poder de oponerse a las leyes susceptibles de oprimirlo. Los constitucionalistas del siglo XVIII esperan lograr una legislación moderada confiriendo el poder legislativo a una autoridad compleja, en la que los principales grupos sociales estén representados y puedan equilibrarse mutuamente.

2) una constitución inviolable es una constitución que es imposible que sea violada, no en virtud de la existencia de controles y de sanciones, sino porque el reparto de competencias es tal que si una autoridad intentara violar la constitución, es decir, sobrepasar sus competencias, chocaría inme-

diatamente con otra autoridad, que tendría interés en oponerse a la primera. La garantía de la constitución no reside, pues, en un cuerpo de control. Es puramente interna. Es así como la constitución inglesa, tal como es analizada en esta época, hace del rey una autoridad doble: de una parte, se encarga del poder ejecutivo, pero, de otra, participa por su derecho de veto en el poder legislativo, conjuntamente con las dos cámaras. Éstas podrían intentar atropellar la constitución, votando leyes que invadan el terreno del poder ejecutivo. Las cámaras acumularían entonces las dos funciones y el gobierno sería despótico. Pero el rey tiene, evidentemente, interés en preservar sus prerrogativas y parece seguro que opondría su veto a tales leyes. En consecuencia, las cámaras se abstendrán de proponerlas y el reparto de competencias se encontrará preservado eternamente.

Esta idea de una constitución inviolable es aquella que se oponía a Sieyes, quien proponía en 1795 impedir las violaciones de la constitución gracias a una institución de control, el jurado constitucional. Esta propuesta fue rechazada por unanimidad y uno de los principales argumentos fue que no había necesidad alguna de garantías externas, puesto que las garantías internas, es decir, la división del poder legislativo, eran suficientes [7].

Por supuesto, hay que evitar confundir una concepción de la eficacia con la eficacia real. Los constituyentes de finales del siglo XVIII pretendían realizar una constitución inviolable, que garantizase la libertad política, así como una legislación moderada. Evidentemente no tuvieron éxito y la realidad política fue bien diferente. Sin embargo, lo que importa no es que no se llegara a construir una constitución concebida como una máquina eficaz

---

[7] He aquí la manera en que el autor de un panfleto anónimo exponía en 1795 la concepción mecanicista de las garantías internas de la constitución:

«¡Gran lección para nosotros! Lo digo sin escrúpulo
¿Deseamos sinceramente
Un buen gobierno?
A las reglas de la mecánica
Sometamos el orden político
Todo poder tiende al abuso
¡Pues bien! Creemos una fuerza capaz
De fijar la frontera indispensable de los poderes
De mantener con severidad
Entre ellos una distancia igual
Forzando a cada autoridad
Que se apreste a salir de su esfera legal
A respetar los derechos de su rival.
No toleremos, en fin, que un instrumento grosero
Nos ofrezca el modelo, en vano, de un balancín

Anónimo, *El balancín político, o proyecto de adiciones y de correcciones a hacer en la constitución de 1793, antes de organizarla*, precedido de dos fábulas, París, año III, BN Ib 41 1859.

e inviolable, de acuerdo con una ciencia del ingeniero, sino que se intentara hacerlo. Las dificultades a que se enfrenta esta concepción son, pues, ante todo dificultades prácticas. Así, no es necesario pensar la constitución como obligatoria, puesto que ésta costriñe efectivamente. Muy distinta es la concepción normativa, que se enfrenta, por su parte, a dificultades teóricas graves.

Siendo así las cosas, la concepción mecanicista puede servir también de modelo de análisis de la constitución.

2. El modelo mecanicista como método de análisis

La cuestión principal de la dogmática constitucional basada en la concepción normativa es: *«¿qué conducta debe tener lugar?»* o *«¿la conducta que ha tenido lugar es lícita?»*.

La concepción mecanicista conduce a plantear cuestiones diferentes: desde el punto de vista de la redacción de las constituciones, *¿cuáles son, teniendo en cuenta la organización general del poder y el reparto de las competencias, las conductas posibles de los gobernantes y las conductas probables?*; desde el punto de vista del análisis de las constituciones: *¿por qué tal conducta ha tenido lugar?* En otros términos, la concepción mecanicista conduce a investigar cuáles son las constricciones –y especialmente las constricciones jurídicas– que pesan sobre los actores.

Se puede percibir la especificidad del análisis llevado a cabo desde un punto de vista mecanicista a través del ejemplo de la puesta en minoría de los gobiernos bajo la monarquía parlamentaria francesa. La Carta de 1814 sometía a los ministros a responsabilidad penal y no confería a las cámaras el derecho a derribar al gobierno. Sin embargo, amenazando a los ministros con rehusar el voto del presupuesto, la cámara de representantes llegó rápidamente a obtener bien su dimisión, bien su destitución por el rey. Es claro, en efecto, que un gobierno privado de medios financieros no puede mantenerse en el poder. Cuando la cámara provocó por primera vez la revocación de ministros de esta forma, ciertos autores, cuya orientación procedía de la concepción normativa, afirmaron que esta práctica era contraria al «espíritu de de la carta», puesto que el poder de votar el presupuesto no había sido concedido a las cámaras para permitirles presionar al gobierno. La cámara de representantes había cometido, pues, una verdadera desviación de procedimiento.

Por el contrario, la mayor parte de los contemporáneos, que se adherían a la concepción mecanicista, estimaban que la responsabilidad ministerial no era más que una cuestión de hecho, el resultado de una relación de fuerzas. Bastaba, pues, con constatar lo que se había producido y con explicarlo por el ejercicio de las competencias. Desde este punto de vista, era in-

controvertible que, si bien la carta no investía a la cámara del derecho a revocar a los ministros, les daba en realidad –aunque hubiera sido involuntariamente– el poder de hacerlo, al conferirles la competencia presupuestaria. La concepción mecanicista conducía así a reemplazar un análisis en términos de competencias jurídicas por un análisis en términos de poderes, entendidos como capacidades de actuar y de producir efectos.

B. El modelo normativo

1. El modelo normativo como modelo de eficacia

Según esta concepción, la constitución es obligatoria. Desde el punto de vista de los constituyentes, se espera que la constitución respete dos elementos: la claridad y la precisión de los textos, que permitan conocer la naturaleza y el contenido de las obligaciones a las que se está sometido; la consciencia del carácter obligatorio de las disposiciones constitucionales. A estos dos elementos se añade a veces el establecimiento de controles destinados a constatar las violaciones y a sancionarlas.

Al igual que la constitución mecánica, una constitución normativa contiene disposiciones dirigidas a conferir competencias. En el caso precedente, las competencias se han repartido teniendo en cuenta las pasiones y los intereses de sus detentadores, de tal manera que se pueda razonablemente esperar de este reparto un cierto modo de funcionamiento global. Aquí, se piensa obtener este funcionamiento global por el solo enunciado de la obligación. En el primer caso, el funcionamiento será el resultado de las constricciones, aquí de la sumisión a una obligación.

Tal cosa tropieza con diversas dificultades. Se trata, en primer lugar, de dificultades prácticas: el funcionamiento efectivo es casi siempre diferente del que deseaban organizar los autores de la constitución. Esto no se refiere solamente al hecho de que las autoridades constituidas no actúen en conformidad con las prescripciones del texto constitucional, de que violen a veces la constitución, sino también a que sus competencias son en la mayor parte de los casos discrecionales, lo que deja en sus manos un amplio poder de apreciación. Sin violar en absoluto la constitución, los poderes públicos pueden, pues, tener comportamientos variados e imprevisibles. En el ejercicio de sus competencias discrecionales, se encuentran, por otra parte, sometidos a normas distintas de las normas constitucionales, especialmente las normas que rigen las relaciones partidarias.

Por otro lado, apenas es necesario subrayar que los textos no pueden jamás ser tan claros que no sean susceptibles de diversas interpretaciones, de forma que los constituyentes no pueden saber qué interpretación les será dada. Según la concepción normativa, las autoridades constituidas están so-

metidas a obligaciones, pero son ellas mismas las que determinan su contenido. Se objetará que estas autoridades no interpretan libremente las reglas que les rigen y que con frecuencia existen controles de tipo jurisdiccional. Pero las jurisdicciones competentes para controlar las interpretaciones son también ellas autoridades constituidas.

Por otra parte, no todas las disposiciones de la constitución pueden ser controladas ni todas las conductas contrarias sancionadas y todas las constituciones preven necesariamente actos no justiciables, salvo por el establecimiento de una responsabilidad general. Así, en Francia, la decisión de declarar el estado de excepción y, en otros países, la declaración de guerra.

En estas condiciones, la eficacia de una constitución basada en la concepción normativa no puede depender de su carácter obligatorio o de la existencia de sanciones, sino solamente de la buena voluntad y la buena fe de quienes, autoridades constituidas ordinarias y controladores, están sometidos a ella y la obligación de la que se trata no es finalmente más que una obligación moral.

La dificultad más seria es de orden teórico y lógico: si la constitución es una norma superior obligatoria, el establecimiento de controles jurisdiccionales está destinado a sancionar las conductas contrarias y se presenta, pues, como consecuencia de la obligación y de la supremacía de la constitución[8]. Pero como no hay una norma superior a la constitución que pueda ser la fuente de la obligación, la supremacía de la constitución no puede definirse más que como una relación entre esa constitución y la conducta de los poderes públicos tal que, si esta conducta es contraria a la constitución, debe ser anulada. Se ve así que no es la supremacía la que conduce al control, sino que más bien es el control el que crea la supremacía de la constitución.

2. El modelo normativo como método de análisis y de interpretación

Si la constitución es concebida como una norma, entonces es aprehendida por una ciencia del Derecho constitucional, que se concibe como una rama de la dogmática jurídica. La cuestión que se plantea es: *«¿cuál es la conducta que, según la constitución, debe tener lugar?»* o *«¿tal conducta es lícita?»*.

Ahora bien, estas cuestiones no son decidibles y no se puede responder a ellas desde un punto de vista exclusivamente descriptivo.

---

[8] Por ejemplo, Kelsen, H. (1981), *La giustizia costituzionale*, a cura de A. La Pergola, Milan, Giffrè; «Le contrôle de constitutionalité des lois: une étude comparative des constitutions autrichienne et américaine», RFDC, 1990, pp. 17 ss; Eisenmann, Ch, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, prefacio de Hans Kelsen; estudio preliminar de Georges Vedel, con un anexo de Louis Favoreu: «La modernité des vues de Charles Eisenmann sur la justice constitutionnelle», Paris, Ed. Economica (1928, 1986).

Sin duda, si hay una jurisdicción competente, es posible describir las decisiones tomadas por esa jurisdicción. A la cuestión de saber si tal conducta de una de las autoridades constituidas es lícita, se puede evidentemente responder que la jurisdicción ha estimado que era lícita. Sin embargo, a la cuestión de saber si la decisión de la jurisdicción es ella misma lícita, es imposible responder, de la misma manera, que ha sido juzgada lícita por otra jurisdicción, puesto que no existe normalmente una segunda jurisdicción constitucional competente para examinar las decisiones de la primera.

Nos encontramos, naturalmente, en la misma situación cuando no hay jurisdicción competente. Los dogmáticos deben entonces intercambiar argumentos destinados a establecer el contenido de la norma aplicable y a calificar la conducta de que se trate, pero el orden jurídico no acuerda ningún efecto a estos argumentos, puesto que una conducta juzgada ilícita, incluso por la unanimidad de los dogmáticos, no es por ello menos válida[9].

Los argumentos a los que se puede recurrir reposan en definitiva sobre presupuestos de orden ontológico y de orden moral.

De orden ontológico en primer lugar. Entre los argumentos comúnmente empleados por la dogmática constitucionalista, es preciso hacer referencia a una forma particular de argumento sistemático extraído de la naturaleza del régimen político. Así, en Francia, estalló hace algunos años una controversia sobre el punto de saber si el Presidente de la República podía, en período de cohabitación, negar su firma a las disposiciones con fuerza de ley [*ordonnances*] aprobadas por un gobierno de una tendencia política opuesta. Uno de los argumentos para la negativa era que el régimen era parlamentario y que, en un régimen parlamentario, el Presidente de la República debe plegarse a la dirección impuesta por la mayoría de la asamblea. En el otro sentido, se hacía valer que el régimen no era parlamentario, sino presidencialista y que el Presidente de la República debía, en consecuencia, disponer de prerrogativas más importantes que aquellas de las que goza un jefe del Estado en un régimen parlamentario. Estos razonamientos presuponían, ambos, por una parte, que el régimen pertenece necesariamente a una u otra clase, parlamentaria o presidencialista, y que no son las prerrogativas del Presidente de la República las que determinen la pertenencia a la clase,

[9] Un buen ejemplo de esta ausencia de efecto viene proporcionado por la controversia sobre la revisión constitucional que tuvo lugar en Francia en 1962. El general De Gaulle había hecho adoptar por referéndum directo, así pues, según un procedimiento diferente del que estaba previsto por la constitución para su revisión, una reforma que tenía por objeto la elección del Presidente de la República mediante sufragio universal directo. La casi totalidad de los profesores de Derecho constitucional había estimado que esta revisión era ilícita. Por supuesto, la revisión entró sin embargo en vigor y, desde esa fecha, todos los Presidentes de la República han sido designados de esta manera.

sino la pertenencia a la clase la que determina sus prerrogativas; por otra parte, estos razonamientos presuponían también que una constitución no es más que la realización de la esencia de un régimen: desde el momento en que una constitución ha creado un régimen parlamentario, se puede deducir de ello que ha acordado implícitamente todas las competencias de las que disponen los órganos en un régimen parlamentario.

Presupuestos de orden iusnaturalista, porque los autores admiten que existe una obligación de actuar en conformidad con una regla constitucional, incluso cuando la conducta contraria no se encuentra sancionada, como sucede en relación con las conductas de las autoridades constituidas no justiciables por un control de constitucionalidad y en relación con las conductas de los propios tribunales constitucionales. Pero esta obligación no viene impuesta por el Derecho positivo y depende solamente del Derecho natural [10]. De hecho, a la pregunta de saber por qué hay que obedecer a la constitución, los autores responden que hay que obedecerla por sus cualidades: ha sido adoptada de forma democrática, es democrática en sus estructuras, crea un poder estable o garantiza los derechos fundamentales.

Ninguna de las concepciones que se acaban de describir ha reinado nunca sola. Por un lado, una constitución inspirada por la concepción mecanicista está necesariamente redactada bajo la forma de enunciados normativos, susceptibles de ser entendidos como imponiendo obligaciones jurídicas. Por otro lado, los que redactan una constitución basada en la concepción normativa no pueden evitar interrogarse sobre las razones que pueden incitar a los poderes públicos a someterse a las obligaciones y raramente toman en cuenta solamente la buena fe de los hombres. Se trata, pues, ante todo de modelos, destinados a permitir comprender las principales representaciones del modo de eficacia de las constituciones. Pero nada impide al observador externo interpretar una constitución mecanicista según los métodos de la dogmática jurídica o una constitución normativa como un sistema de constricciones.

Por otra parte, cada una de estas dos concepciones está expuesta a dificultades y limitaciones, que pueden conducir al paso a la concepción opuesta.

II. De un modelo a otro

A. De la mecánica a la norma

En el curso mismo de la Revolución francesa se pueden constatar algunos signos del paso de una concepción mecanicista a una concepción normativa.

[10] Ross, Alf (1961) «Validity and the Conflict between Legal Positivism and Natural Law», en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, IV.

El más importante es evidentemente la existencia de diversos proyectos de instituciones destinadas a ejercer una cierta forma de control de constitucionalidad. El más célebre es el jurado constitucional de Sieyes en el año III, pero éste había sido precedido, y quizás inspirado, por diversas instituciones análogas, el tribunal de los censores de Virginia o los proyectos de tribunales de censores preparados por diputados girondinos en la Convención nacional. Estas coincidencias se explican bastante bien.

En primer lugar, si una constitución no es más que un reparto de las competencias, este reparto viene establecido por disposiciones normativas, que son interpretadas y aplicadas por los juristas por medio de los mismos procedimientos que éstos aplican a otras disposiciones, por ejemplo, a las de las leyes. Así, el tribunal de casación, instituido por la constitución de 1791 de inspiración mecanicista, aplicó inmediatamente la constitución y la trató, pues, como obligatoria [11]. En el vocabulario de Searle, se podría decir que la constitución es un conjunto de reglas constitutivas, pero que son aplicadas como reglas regulativas.

Por otra parte, el sistema de garantías internas no parecía verdaderamente eficaz más que en un sistema de equilibrio de poderes, un sistema en el cual el poder ejecutivo es al mismo tiempo, por su derecho de veto, una autoridad legislativa parcial. Ahora bien, con la caída de la monarquía en Francia, el veto desaparece. La constitución conserva un poder ejecutivo, pero éste está estrechamente especializado en la función ejecutiva, aunque el órgano del poder legislativo no está frenado en nada y puede invadirlo todo. La situación induce, pues, a buscar garantías externas, en la institución de un órgano de control.

Sin duda, estas ideas no fructifican –y no pueden por otra parte fructificar [12]– porque los miembros de la Convención estiman que las garantías internas, es decir, la división en dos cámaras, son suficientes, y porque aplican a esta nueva institución el razonamiento propio de las constituciones mecánicas: si todo hombre o toda autoridad que tiene poder tiende a abusar de él, lo mismo vale para el jurado. Si son necesarias garantías externas, sería preciso igualmente preverlas para precaverse contra los abusos que podría cometer este jurado, pero como no se puede imaginar un guardián del guardián, se juzga preferible renunciar a esta institución. La idea de un control parecía, pues, en este época, a la vez natural e imposible.

Otros factores , sin embargo, se añadieron a los dos primeros durante el siglo XIX para debilitar el sistema de garantías internas. Se trata, en primer

[11] Halperlin, Jean Louis (1987), *Le Tribunal de cassation et les pouvoirs sous la Révolution (1790-1799)*, Paris, LGDJ.

[12] El proyecto de Sieyes fue rechazado por unanimidad de la Convención.

lugar, de la aparición de mayorías políticas en el seno de las asambleas legislativas. Muy pronto, la formación y el mantenimiento de estas mayorías estuvieron ligadas a la composición y a la acción del ministerio. En un primer momento, se pensó que el ministerio reflejaría a la mayoría y sería un instrumento en sus manos, pero en la mayor parte de los casos, el ministerio se transformó en el animador o el jefe de la mayoría [13]. En cualquier caso, este vínculo significaba que las leyes importantes no serían adoptadas más que con el acuerdo del poder ejecutivo –y con la mayor frecuencia a su iniciativa– y que el derecho de veto, cuando existía, no sería ejercitado. Ya no había, pues, garantía interna de la separación de poderes o de moderación en la legislación.

La ausencia de garantías internas tiene entonces por consecuencia no, como en la hipótesis precedente, que el poder legislativo pueda absorber al poder ejecutivo, sino que le acuerde competencias cada vez más extensas [14]. Ahora bien, esta extensión se traduce en una percepción nueva de la relación entre legislación y ejecución.

Al principio de la Revolución francesa, la función ejecutiva se concebía como estrechamente subordinada y consistente en la simple y casi mecánica aplicación de la ley. No se suponía que la autoridad ejecutiva ejerciera ninguna voluntad; no estaba autorizada a crear reglas generales, sino que podía simplemente emitir mandatos destinados a permitir la aplicación material de las leyes y que no implicaban más que un margen muy débil de poder discrecional [15]. Así, las únicas reglas eran las leyes, expresión de la voluntad general, de suerte que los ciudadanos no estaban sometidos más que a esta voluntad y no se podía concebir la relación entre legislación y ejecución como una jerarquía de reglas.

Pero el poder ejecutivo se desarrolló rápidamente y adquirió, desde el final del período revolucionario, el poder de crear reglas generales para completar y precisar las leyes. Este fenómeno, naturalmente, se acentuó cuando las autoridades ejecutivas obtuvieron de las mayorías parlamentarias delegaciones de competencia y se asistió a un desarrollo formidable del poder reglamentario. Llegó a ser claro entonces que el poder ejecutivo expresaba, él también, una voluntad. Pero esta voluntad debía ejercerla, sin embargo, en conformidad con las leyes. De esta forma, la relación entre el poder legislativo y el poder ejecutivo continuaba siendo una relación jerárquica, pero esta relación no era ya una relación entre una regla y su ejecución, entre

[13] Cf. la frase de Guizot «no es el gobierno el que debe pertenecer a la mayoría, es la mayoría la que debe pertenecer al gobierno».

[14] Papatolias, *op. cit.*, p. 319.

[15] Verpeaux, M. (1991), *La naissance du pouvoir réglementaire*, Paris, PUF.

la expresión y la ejecución de una voluntad, sino una relación entre dos voluntades o entre dos reglas. La jerarquía de los órganos aparecía así bajo la forma de una jerarquía de las voluntades y de una jerarquía de las normas.

Ahora bien, si el reglamento que emana del poder ejecutivo se ve como una norma válida, cuyo fundamento reside en la ley que tiene por objeto aplicar, nos encontraremos conducidos a buscar el fundamento de la validez de la ley en una norma superior, en la constitución. Esta es precisamente la justificación aducida por Kelsen para el control de constitucionalidad de las leyes: el principio de constitucionalidad es idéntico al principio de legalidad y, de la misma forma que el reglamento es ejecución de la ley, la ley es ejecución de la constitución. Si hay que controlar la legalidad de los reglamentos, hay que controlar asimismo la constitucionalidad de las leyes [16].

La idea de que la constitución es una norma aparece así como el argumento necesario para justificar el control de las leyes. Aunque, cuando este control aparece como necesario en razón de la insuficiencia de las garantías internas, es decir, por razones que afectan al mecanismo mismo, se está conducido a concebir el Derecho como jerarquizado.

Se encuentra, por otra parte, una ilustración de este fenómeno en la afirmación, relativamente reciente, de que habría normas supraconstitucionales. Se trata de justificar el control de las revisiones constitucionales. Ciertos tribunales constitucionales sostienen que hay principios a los que las leyes de revisión constitucional deben conformarse, so pena de anulación.

Pero si la concepción mecanicista ha conducido así, de forma casi mecánica, a la concepción normativa, a la inversa la concepción formal ha podido conducir también a la concepción mecanicista.

B. La vuelta de la concepción mecanicista

Esta vuelta puede constatarse a dos niveles: el de la constitución misma, el de su análisis.

1. Como concepción de la eficacia, desde un punto de vista prescriptivo.

Desde un punto de vista prescriptivo, por ejemplo –pero no exclusivamente– por parte del constituyente, la concepción mecanicista de la eficacia se impone ante todo como resultado de las insuficiencias, esto es, del

[16] «No son solamente las normas individuales contenidas en los actos administrativos, sino también las normas generales de los reglamentos y más particularmente de las leyes quienes pueden y deben estar sometidas a un control jurisdiccional que atienda para las primeras a su conformidad con las leyes, y para las segundas a su conformidad con la constitución» (Kelsen, Hans (1988) *La démocratie, sa nature, sa valeur*, trad. de Ch. Eisenmann de la 2ª edición alemana de 1929, Paris, Sirey, 1932; 2ª ed. francesa, presentación de M. Troper, Paris, Economica, p. 73.

fracaso de la concepción normativa, pero también como toma de conciencia de lo que, más allá de las intenciones, se ha realizado efectivamente. Nos limitaremos, aquí, a un ejemplo de cada una de estas situaciones.

a) *El resultado de los fracasos de la concepción normativa*

El primer ejemplo concierne a la responsabilidad del gobierno según la constitución francesa de 1958. Bajo la IIIª república, los gobiernos eran derribados con frecuencia y la inestabilidad ministerial se consideraba como un grave defecto del sistema. El análisis que se hacía en esa época era acorde con la concepción normativa: cuando la asamblea adopta una moción de censura por mayoría o cuando el gobierno no llega a reunir una mayoría para adoptar un proyecto de ley importante, tiene la obligación de presentar la dimisión. Esta obligación existe desde el punto en que existe una mayoría simple contra el gobierno o en que no existe una mayoría simple que le sea favorable. La conclusión práctica de este análisis era simple: si se quiere limitar la inestabilidad ministerial, basta con modificar la obligación a que está sometido el gobierno y exigir, por ejemplo, que se pronuncie contra él una mayoría cualificada para que esté obligado a dimitir.

Es esta conclusión la que inspiró en 1946 la constitución de la IVª república. Bajo esta constitución, un gobierno no tiene obligación de dimitir más que si se adopta por mayoría absoluta una moción de censura o si un proyecto de ley importante, sobre el que ha comprometido su responsabilidad, es rechazado por mayoría absoluta. El gobierno puede, por el contrario, permanecer si la moción de censura es votada, o el proyecto de ley rechazado, por mayoría simple.

Con toda evidencia, este sistema ha sido totalmente ineficaz. Los constituyentes de 1946 habían creído, con bastante ingenuidad, que los gobiernos dimitían para actuar en conformidad con una obligación constitucional. En realidad, no podían permanecer si las leyes de las que tenían necesidad para realizar sus programas eran rechazadas, sea cual fuere la mayoría que las había rechazado. Por esto, la mayor parte de los gobiernos de la IVª república dimitieron, con aproximadamente la misma frecuencia que bajo la IIIª, después de haber sido derrotados por mayoría simple. No estaban obligados a ello, sino costreñidos.

Por lo demás, la regla de la mayoría absoluta tuvo un efecto mecánico inesperado: volvió casi imposible la disolución de la Asamblea nacional. Una de las condiciones de la disolución era, en efecto, que se hubiesen producido dos crisis ministeriales en un lapso de dieciocho meses «en las condiciones previstas por la constitución», es decir, por mayoría absoluta.

La constitución de 1958 fue redactada, pues, desde otro punto de vista: si el gobierno presenta un proyecto de ley y no se adopta ninguna moción

de censura por mayoría absoluta, el gobierno no sólo no tiene obligación de dimitir, sino que el proyecto de ley se presume aprobado, incluso sin votación. Así, el gobierno tiene no sólo el derecho a permanecer, sino también los medios para ello. La eficacia de la constitución viene esperada –y esta vez resultó bien– no del enunciado de obligaciones a las que los poderes públicos se conformarán de buena fe, sino de una simple aplicación mecánica.

b) La toma de conciencia de lo que se había realizado

El segundo ejemplo afecta a los tribunales constitucionales. Según la concepción normativa, la constitución es una norma obligatoria y hay que asegurar el respeto a esta norma. A este efecto, se crea un tribunal constitucional o un tribunal ya existente se da a sí mismo, al término de un proceso de interpretación, el poder de ejercer un control de constitucionalidad. En la perspectiva normativa, la existencia de esta institución se justifica solamente por esta idea de control, es decir de constatación objetiva de la conformidad de una norma con otra, pero esta justificación se enfrenta a ciertas dificultades.

La principal es que el juicio sobre la conformidad de una norma con otra requiere varios actos intelectuales, sobre todo de intepretación, y que ésta implica a su vez juicios de valor y decisiones. Sin duda, esta idea no es universalmente admitida, pero si se la suscribe, no se puede sostener que el tribunal constitucional se limita a una simple aplicación de la norma constitucional y es preciso admitir que tiene un papel creador importante, aunque la justificación de la institución por parte de la concepción normativa se encuentre como consecuencia de ello considerablemente debilitada.

En este caso, hay que encontrar una justificación a este papel creador del juez constitucional. Una de las más extendidas hoy en día reside en la idea de que el tribunal es un contrapoder, encargado de impedir que la mayoría devenga despótica y oprima a la minoría[17]. Se vuelve así a la teoría del equilibrio de poderes: es el juego de poderes y de contrapoderes el que garantiza la libertad. De garantía externa que era según la concepción normativa, el tribunal se transforma en garantía interna, de acuerdo con la concepción mecanicista.

[17] Esta idea de que el tribunal es un contrapoder ha sido sostenida principalmente por el antiguo presidente del Consejo constitucional francés, Robert Badinter («Le pouvoir et le contre-pouvoir», en *Le Monde*, 23 nov. 1993) pero está también presente en ciertas constituciones de la Europa del Este, que permiten al parlamento imponerse a una decisión del tribunal por mayoría cualificada, exactamente como si se tratase del veto legislativo del presidente de los Estados Unidos. La idea de contrapoder es invocada asimismo por Louis Favoreu («Actualité et légitimité du contrôle jurisdictionelle des lois en Europe Occidentale», en *RDP*, nº 5, 1984, pp. 1147 ss; «La notion de Cour constitutionelle», en *Mélanges J.-F. Aubert*, 1996.

2. Como método de análisis.

Numerosos estudios se dirigen hoy a analizar los comportamientos de los poderes públicos, no ya para determinar si son o no acordes con la constitución, sino para intentar explicarlos por la existencia de constricciones. Algunas de estas constricciones son evidentemente políticas y no interesan a la teoría del derecho, pero otras pueden calificarse como jurídicas.

Se trata de aquellas que resultan no directamente de las normas, sino de la consciencia de la existencia de las normas o más bien de las disposiciones constitucionales. Esta consciencia puede determinar los comportamientos de dos maneras: por una parte provocando en los destinatarios la voluntad de adoptar el comportamiento prescrito, pero también, por otra parte, permitiendo a los sujetos construir estrategias que tomen en cuenta no sólo las normas de las que son ellos mismos destinatarios, sino también aquellas que tienen por destinatarios a las demás autoridades públicas. En una situación determinada, pueden decidir de qué manera van a interpretar las disposiciones constitucionales, qué uso van a hacer de sus poderes discrecionales, teniendo en cuenta las acciones que los otros actores podrían adoptar, es decir, el uso que harán estos otros actores de sus propias competencias.

A partir de aquí, el análisis constitucional se presenta bajo dos formas. La primera apunta a la explicación de la aplicación y del modo de funcionamiento de las constituciones y se esfuerza por comprender los comportamientos de los actores como la puesta en práctica de estrategias o más en general como el producto de constricciones jurídicas [18]. La otra forma trata de explicar de la misma manera la transformación de los conceptos jurídicos y la evolución de los discursos sobre la constitución. Los cambios en las concepciones de las formas de gobierno constituyen un buen ejemplo de las transformaciones que pueden ser captadas por este tipo de análisis. Si se admite el poder creador de los tribunales constitucionales y la tesis del contrapoder, es preciso, sin embargo, conciliarla con la idea, constantemente repetida, de que el sistema jurídico es democrático. Se puede, sin duda, sostener que la afirmación del carácter democrático del gobierno no es más que una ilusión y que se trata en realidad de un gobierno mixto, una combinación de democracia y aristocracia, puesto que los jueces pueden oponerse a la voluntad de los representantes del pueblo. Sin embargo, una actitud tal presenta numerosos inconvenientes y la mayor parte de los autores, si quieren preservar la tesis del carácter democrático de las instituciones públicas,

[18] Murphy, W.F. (1964) *Elements of Judicial Strategy*, Chicago, University of Chicago Press; Murphy, W.F. y Pritchett, C.H. (1986) *Courts, Judges and Politics. An Introduction to the Judicial Process*, 1ª ed. 1961, Mc Graw Hill, 4ª ed.; Meunier, J. (1994) *Le pouvoir du Conseil Constitutionnel. Essai d'analyse stratégique*, Paris, LGDJ.

deben escoger entre tres actitudes que implican, todas y cada una de ellas, una nueva definición de la democracia:

– afirmar que la democracia es solamente el poder del pueblo de imponer su voluntad en última instancia, por medio del ejercicio del poder constituyente. El pueblo sigue siendo soberano si está en situación de imponerse a las decisiones de un tribunal constitucional adoptando enmiendas a la constitución.

– afirmar que la democracia es el poder que el pueblo ejerce por medio de representantes, pero que estos representantes no son necesariamente elegidos, de suerte que el tribunal constitucional debe ser considerado como un representante al lado del parlamento.

– afirmar que la democracia no es el poder del pueblo, sino el imperio de la ley y la garantía de los derechos fundamentales.

En los tres casos, describiendo las constricciones que se ejercen sobre quienes producen las teorías justificativas del control de constitucionalidad de las leyes, el análisis habrá explicado las transformaciones que afectan al concepto de democracia.

(Trad. de Juan Ruiz Manero)

Jorge Luis Rodríguez

«LAGUNAS AXIOLÓGICAS Y RELEVANCIA NORMATIVA»

DOXA 22 (1999)

LAGUNAS AXIOLÓGICAS Y RELEVANCIA NORMATIVA*

Jorge Luis Rodríguez
Universidad Nacional de Mar del Plata

1. Lagunas normativas y el problema de la clausura

La expresión «lagunas del derecho» ha sido ambiguamente utilizada en la teoría jurídica para hacer referencia a problemas de índole muy diversa. Muchos autores han propuesto distinciones conceptuales a fin de discriminar esos múltiples usos, pero no cabe duda de que entre ellos, Carlos E. Alchourrón y Eugenio Bulygin han alcanzado un logro notable al diferenciar de manera rigurosa algunos de los más importantes núcleos de significado de tal expresión.

En este sentido, revisten particular importancia sus definiciones de los conceptos de *laguna normativa*, esto es, un caso definido en términos de las propiedades que han sido consideradas relevantes por la autoridad normativa al cual no se le ha correlacionado solución normativa alguna, y de *laguna axiológica*, que se produciría cuando, pese a la existencia en el sistema jurídico de referencia de una solución para cierto caso, tal solución es considerada axiológicamente inadecuada debido a que la autoridad normativa no ha tomado como relevante cierta distinción que debería haber sido tomada en cuenta.

Simplificando la definición de los autores de laguna normativa, podría decirse que un caso de un universo de casos constituye una laguna normativa en un sistema normativo α con relación a un universo de soluciones cuando α no correlaciona dicho caso con ninguna solución del universo de soluciones.[1]

---

* La presente es una versión en castellano de la conferencia ofrecida en el *19th IVR World Congress, (New York, June 25-30, 1999)*, en la que se sintetizan las ideas expuestas en el trabajo «Axiological Gaps and Normative Relevance», ganador del *1999 IVR Young Scholar Prize*. Agradezco a David Makinson por haberme señalado diversos errores sobre una versión preliminar de estas ideas y a la Fundación Antorchas por haber subsidiado parcialmente mi investigación.

[1] Con mayor precisión, Alchourrón y Bulygin caracterizan el concepto de laguna normativa como un caso no correlacionado con ninguna solución *maximal*. Para un universo de casos compuesto por una única acción p, pueden distinguirse tres soluciones maximales y tres

Un ejemplo tomado del derecho argentino puede servir para ilustrar esta noción de laguna normativa. El Código Civil Argentino regula el problema de la restitución de bienes inmuebles por parte de terceros poseedores. Cuando una persona en posesión de un bien inmueble de propiedad de otra lo transfiere a un tercero, surge la cuestión acerca de si, y en su caso bajo qué circunstancias, el propietario del inmueble puede recuperar su posesión del tercer poseedor o, en otros términos, bajo qué circunstancias tiene el tercer poseedor el deber de restituir el inmueble al verdadero propietario o puede conservarlo. El Código Civil establecía diferentes soluciones de acuerdo con tres propiedades relevantes: la buena fe del enajenante, la buena fe del adquirente y el carácter oneroso de la transferencia. Existían soluciones especiales para diversas combinaciones de estas tres propiedades, pero no se brindaba ninguna pauta de cómo resolver el caso en el que tanto el enajenante como el adquirente habían actuado de buena fe y la transferencia se había operado a título oneroso.

Muchos filósofos del derecho han sostenido la idea de la completitud de los sistemas jurídicos, esto es, que no existen lagunas en el derecho en el sentido indicado. La postura de Hans Kelsen puede tomarse como un buen ejemplo de este punto de vista. El principal argumento empleado por Kelsen para justificar la tesis de que no existen lagunas en el derecho se basa en el principio de que todo lo que no está prohibido por el derecho está permitido, un principio que precluiría la existencia de lagunas en el derecho y que asimismo constituiría una verdad lógica. De manera que, en la perspectiva de Kelsen, para todo sistema jurídico α, para toda acción p y para todo caso q, si p no está prohibida en el caso q por α, entonces p está permitida en q por α.

Alchourrón y Bulygin demostraron que este principio resulta problemático debido a una ambigüedad en el concepto de permisión que aparece en él. Para poder advertir dicha ambigüedad es importante recordar la conocida distinción entre normas y proposiciones normativas.[2] Las normas son enunciados prescriptivos empleados para obligar, permitir o prohibir ciertas acciones, esto es, enunciados que expresan que ciertas acciones deben ser

---

soluciones minimales (empleando **P** para representar la permisión, **F** para el carácter facultativo, **O** para la obligación y **Ph** para la prohibición):

Soluciones maximales: $Pp \wedge P{\sim}p$ (**Fp**); $Pp \wedge {\sim}P{\sim}p$ (**Op**); y $\sim Pp \wedge P{\sim}p$ (**Php**).

Soluciones minimales: $Pp \vee {\sim}P{\sim}p$ (**Pp**); $\sim Pp \vee P{\sim}p$ (**P~p**); y $\sim Pp \vee {\sim}P{\sim}p$ (**~Fp**).

En consecuencia, las soluciones maximales son aquellas que califican deónticamente la realización *y* la abstención de p, mientras que las soluciones minimales sólo califican deónticamente la realización *o* la abstención de p. Por razones de simplicidad prescindo en el texto de marcar la distinción entre ambos tipos de soluciones.

[2] Para una presentación reciente de la distinción entre normas y proposiciones normativas, así como de la lógica relativa a cada una de ellas, véase Alchourrón, 1993.

realizadas, pueden ser realizadas o no deben ser realizadas. Las proposiciones normativas se expresan mediante enunciados descriptivos que proveen información acerca de normas o acerca de obligaciones, permisiones o prohibiciones establecidas por normas.

Cuando las expresiones «obligatorio», «permitido» y «prohibido» aparecen en enunciados prescriptivos, esto es, en normas, ellas pueden ser tomadas como interdefinibles en el sentido de que las normas «permitido p», «no obligatorio no p» y «no prohibido p» son lógicamente equivalentes y significan lo mismo. Lo mismo ocurre con las normas «prohibido p», «no permitido p» y «obligatorio no p». Pero la situación es radicalmente diferente cuando se pasa de las normas a las proposiciones normativas. Decir que p está prohibido por el sistema α no es dictar una norma sino expresar una proposición normativa. Esa proposición normativa pertenece a un nivel de lenguaje diferente respecto de los enunciados del sistema normativo de referencia. Se trata de una proposición metalingüística con respecto al lenguaje del sistema normativo α. Decir que p está prohibido por α significa que la norma que prohíbe p pertenece a o es una consecuencia del sistema α. El enunciado metasistemático «p está prohibido por el sistema normativo α» es verdadero si y sólo si entre las consecuencias de α hay una norma que prohíbe p. Ahora bien, ¿qué ocurre con la negación de dicho enunciado? Como «p está prohibido por el sistema normativo α» es un enunciado metalingüístico en el sentido indicado, su negación puede ser entendida de dos maneras distintas: decir que una acción no está prohibida en un cierto sistema normativo puede significar que no existe en el sistema normativo considerado una norma que prohíbe tal acción, sentido de acuerdo con el cual la negación opera sobre todo el enunciado metalingüístico; o que una norma que no prohíbe tal acción existe en el sistema considerado, en cuyo caso la negación opera sobre la norma mencionada en el enunciado metalingüístico. En consecuencia, la expresión «permitido» resulta ambigua cuando figura en proposiciones normativas, dado que puede ser interpretada tanto en un sentido positivo como en un sentido negativo. Decir que p está positivamente permitido en el caso q por el sistema α significa que una norma que permite p en el caso q es una consecuencia de α. Decir que p está negativamente permitido en el caso q por el sistema α significa que entre las consecuencias de α no hay una norma que prohíba (no permita) p en el caso q. La permisión positiva se refiere a un hecho positivo (la existencia de una norma permisiva), mientras que la permisión negativa se refiere a un hecho negativo (la no existencia de una norma prohibitiva). Las relaciones entre estos dos conceptos descriptivos de permisión son las siguientes: si el sistema normativo de referencia es consistente, la permisión positiva implica a la negativa; si es completo, la permisión negativa implica a la positiva.

De manera que para sistemas normativos completos y consistentes, no hay razón alguna para distinguir entre estos dos conceptos. Es por ello que una genuina lógica de normas (si es que algo así es posible), en la cual prohibición y permisión resultan interdefinibles, puede ser interpretada como una lógica para sistemas normativos ideales, para aquellos sistemas normativos completos y consistentes. El problema es que la mayor parte de los sistemas normativos no se adecuan a este ideal, de ahí la importancia de diferenciar entre una lógica de normas (que intenta reconstruir la racionalidad en el dictado de normas) y una lógica de proposiciones normativas (que intenta determinar qué consecuencias se siguen de un sistema normativo, sea éste completo y consistente o no).

Volviendo ahora al análisis del principio «toda acción que no ha sido prohibida por el derecho está permitida por él» con la ayuda de estas distinciones conceptuales, debería advertirse que dicho principio admite tres diferentes lecturas. En primer lugar, si el principio es entendido como una genuina norma que autoriza aquellas acciones que no han sido prohibidas, no puede afirmarse que se trate de una verdad analítica, dado que no tiene sentido alguno atribuir valores de verdad a las normas, y no hay razón que justifique por qué una norma tal debería formar parte de todo sistema jurídico concebible.

En segundo lugar, si el principio no es interpretado como una norma sino como una proposición normativa, una proposición metasistemática respecto de los sistemas jurídicos, la expresión «permitido» en él contenida puede ser entendida como una permisión positiva o como una permisión negativa, de manera que en esta lectura descriptiva todavía habría dos versiones del principio que deberían diferenciarse. En una versión débil, el principio expresaría que para todo sistema α, para toda acción p y para todo caso q, si la prohibición de p en el caso q no es una consecuencia de α, entonces p está permitido en el sentido negativo en el caso q de acuerdo con el sistema α. En este sentido, el principio resulta analítico y, por consiguiente, necesariamente verdadero debido a que constituye simplemente un caso particular del principio de identidad. Pero en esta lectura, el principio resulta compatible con la existencia de lagunas, dado que no puede cumplir la función de clausurar los sistemas normativos y, consiguientemente, no excluye la posibilidad de sistemas incompletos. En una versión fuerte, en cambio, el principio expresaría que para todo sistema α, para toda acción p y para todo caso q, si la prohibición de p en q no es una consecuencia de α, entonces p está permitido en el sentido positivo en el caso q de acuerdo con el sistema α. En esta versión fuerte, el principio, lejos de ser necesario, es una proposición contingente, que resultará verdadera sólo si el sistema normativo de referencia contiene una norma a tal efecto, esto es, una norma que

vuelva ilegal cualquier interferencia con las acciones no prohibidas de los demás.

2. El concepto de laguna axiológica

Para la caracterización del concepto de laguna axiológica, Alchourrón y Bulygin consideran crucial diferenciar dos sentidos en los que puede entenderse la expresión «relevancia normativa»: un sentido descriptivo y uno prescriptivo:

> «Decir que una propiedad es relevante en el sentido descriptivo (para un caso y en relación a un sistema normativo y un universo de soluciones) es afirmar un *estado de cosas* que *de hecho* se da; ese estado de cosas consiste en que el caso en cuestión y su caso complementario *tienen* diferente *status* normativo. Pero la palabra «relevante» es también frecuentemente usada en otro sentido, que podríamos llamar su *significado prescriptivo*. Decir que una propiedad es relevante en el sentido prescriptivo es afirmar que un estado de cosas *debe* o debería darse, esto es, que un caso y su complementario *deben* tener diferente *status* normativo» (Alchourrón-Bulygin 1975:154).

Los citados autores consideran que dos casos son complementarios con respecto a una propiedad p si y sólo si ambos difieren uno del otro en el hecho de que p está presente en uno de ellos y ausente en el otro, permaneciendo constantes las restantes propiedades definitorias.

La confusión conceptual entre las lagunas axiológicas y las normativas descansaría, en su opinión, en el uso indiscriminado y confuso de la expresión «laguna», en combinación con esta ambigüedad de la expresión «relevante». Siguiendo a Alchourrón y Bulygin, una propiedad p es *relevante* en sentido descriptivo en un caso de un universo de casos con relación a un sistema normativo α y a un universo de acciones si y sólo si ese caso y su complementario con respecto a p tienen diferente status normativo con relación a α y al universo de soluciones. Decir que dos casos tienen diferente status normativo con relación a un sistema normativo α y a un universo de acciones significa que hay una solución tal que ella está correlacionada por α con uno de los casos pero no con el otro. Una propiedad p es *irrelevante* en sentido descriptivo en un caso de un universo de casos con relación a un sistema normativo α y a un universo de acciones si y sólo si p no es relevante en dicho caso, esto es, si el caso y su complementario respecto de p en el universo de casos tienen el mismo status normativo con relación a α y al universo de soluciones. Decir que dos casos tienen el mismo status normativo significa que ambos casos están correlacionados con la misma solución o que ninguno de ellos está correlacionado con ninguna solución.

Sobre la base de estas ideas, Alchourrón y Bulygin definen lo que denominan *tesis de relevancia* e *hipótesis de relevancia*: la tesis de relevancia

de un sistema normativo α para un universo de acciones es una proposición que identifica el conjunto de todas las propiedades relevantes con relación a α y al universo de acciones; la hipótesis de relevancia para un universo de acciones es la proposición que identifica el conjunto de todas las propiedades que deben ser relevantes para ese universo de acciones. La tesis de relevancia es un criterio para la selección del universo de propiedades y, consecuentemente, para el universo de casos, y permite determinar las propiedades formales de un sistema normativo tales como la consistencia y la completitud. La hipótesis de relevancia es un criterio de adecuación axiológica para sistemas normativos dado que determina el conjunto de las propiedades que deben ser relevantes para el universo de acciones. El problema consistente en determinar si una propiedad debe o no ser relevante para un cierto universo de acciones es un problema axiológico y supone un juicio de valor.

Con estas distinciones, Alchourrón y Bulygin definen la noción de laguna axiológica del siguiente modo: un caso de un universo de casos es una laguna axiológica del sistema normativo α con relación a un universo de acciones si y sólo si ese caso es correlacionado por α con una solución del universo de soluciones y existe una propiedad p tal que p debe ser relevante para ese caso de acuerdo con una cierta hipótesis de relevancia y p es irrelevante para α en relación con la tesis de relevancia.

Como ejemplo de una laguna axiológica los autores ofrecen un caso decidido en Alemania en 1927, relativo al aborto por prescripción médica. El Código Penal vigente en Alemania en ese tiempo penaba al aborto en términos generales, sin efectuar ninguna distinción. En el caso en cuestión, un médico provocó un aborto a fin de salvar la vida de una mujer que padecía de tendencias suicidas como consecuencia del embarazo y fue absuelto por los tribunales sobre la base de la existencia de una laguna en el Código Penal, la cual fue llenada por medio de una aplicación extensiva de otro artículo del mismo Código que se refería al estado de necesidad. En la opinión de Alchourrón y Bulygin, ese artículo no resultaba aplicable al caso porque sólo disponía que una acción no debía ser penada cuando existía peligro actual para su autor o para un pariente suyo. En consecuencia, consideran que en el caso bajo análisis había una solución clara de acuerdo con el Código Penal, pero los tribunales decidieron de modo diferente porque consideraron injusta tal solución, y ello justamente debido a que el Código Penal no tomaba en cuenta una circunstancia que los tribunales reputaban relevante.

Una laguna axiológica es una propiedad de un caso. Se trata de un concepto relativo: relativo a un sistema normativo, a un universo de acciones y también a una cierta hipótesis de relevancia. Por otra parte, el caso tiene que estar correlacionado con alguna solución normativa para que sea posible

predicar la existencia de una laguna axiológica; en caso contrario, existiría una laguna normativa y en esta caracterización, los conceptos de laguna axiológica y laguna normativa son incompatibles por definición.

Es importante advertir que no cualquier inadecuación axiológica puede calificar como una laguna axiológica: si la autoridad normativa toma en cuenta todas las circunstancias que deberían considerarse relevantes en cierto caso, pero correlaciona el caso con una solución axiológicamente inadecuada, el resultado será un defecto axiológico del sistema, pero no una laguna. La existencia de una discrepancia entre la tesis de relevancia del sistema y la hipótesis de relevancia es una condición necesaria para la existencia de una laguna axiológica. Pero si ambas coinciden, eso no asegura que todas las soluciones establecidas por la autoridad normativa sean axiológicamente satisfactorias puesto que una solución puede ser considerada injusta a pesar de haberse tomado en cuenta todas las distinciones pertinentes.

Pero cuando la hipótesis de relevancia es más amplia que la tesis de relevancia, existirá al menos una propiedad que debería ser relevante aunque no es relevante en el sistema. El universo de casos de la hipótesis de relevancia resultará más fino que el universo de casos de la tesis de relevancia y en consecuencia existirá al menos una laguna axiológica.

Alchourrón y Bulygin destacan que en la teoría jurídica pueden observarse dos tendencias equivocadas: en primer lugar, muchos juristas confunden las lagunas axiológicas con las lagunas normativas; en segundo lugar, muchas veces no distinguen claramente entre lagunas axiológicas y los desacuerdos valorativos. La caracterización de la noción de laguna axiológica por parte de los autores puede ser tomada como un intento por esclarecer estas confusiones.

3. Lagunas axiológicas como enunciados críticos y como enunciados interpretativos

La definición de laguna axiológica comentada en el punto anterior ofrece muchos puntos interesantes para el análisis. Una primera cuestión que exige especial consideración se relaciona con la noción de hipótesis de relevancia concebida como un enunciado prescriptivo. Alchourrón y Bulygin expresan que en la oración «la propiedad p es relevante, pese a que el legislador no la consideró cuando resolvió el caso C (esto es, no la tomó en cuenta para la solución del caso C)» el término «relevante» es usado en su sentido prescriptivo, dado que si estuviera usado en su sentido descriptivo la oración sería autocontradictoria.

Creo que esta afirmación es demasiado fuerte: el uso del término «relevante» en la oración anterior no necesariamente debe ser prescriptivo para preservar la consistencia. En una oración como «la propiedad p es relevan-

te para este caso, aunque la autoridad normativa no la tomó en consideración», la expresión «relevante» podría ser entendida descriptivamente sin entrar en contradicción si se la considera relativa a un sistema normativo diferente.

Cuando se dice que una propiedad «debe ser considerada relevante» aunque de hecho en el sistema α no ha sido tomada como relevante, la hipótesis de relevancia puede ser entendida como una proposición normativa que expresa que la propiedad en cuestión debe ser tomada como relevante *de acuerdo con un cierto sistema axiológico* β, y no un genuino enunciado prescriptivo. En tal caso, decir que una propiedad es relevante de acuerdo con la hipótesis de relevancia sería también un enunciado descriptivo.

Alchourrón y Bulygin afirman que el uso del término «laguna» para referirse al problema axiológico antes mencionado no es arbitrario. La idea es que la autoridad normativa no ha tomado en consideración una cierta propiedad porque no la ha considerado, pero si la hubiera considerado, le habría dado al caso una solución diferente. En lugar de resolver el caso como lo hizo, le habría dado una solución distinta.

Cuando los juristas dicen estar «interpretando la intención de la autoridad normativa», con frecuencia expresan sus propios juicios de valor de manera encubierta. El uso del término «laguna» en este sentido constituye una típica instancia de este tipo de operaciones. Porque aunque puede ser cierto que, si la autoridad normativa hubiese tomado en cuenta una cierta propiedad, el caso hubiese sido correlacionado con una solución normativa diferente, es obvio que este enunciado contrafáctico resulta muy difícil de probar, de manera que a veces los juristas postulan para el caso la solución que juzgan más adecuada amparándose en la imposibilidad de probar tal aserto.

Pero al afirmar la existencia de una laguna axiológica, un jurista podría estar tratando genuinamente de reconstruir aquellas propiedades que deberían ser consideradas relevantes de acuerdo con el sistema axiológico presupuesto por la autoridad normativa y no proponiendo sus propios juicios de valor de modo encubierto. Este parece ser el caso, por ejemplo, cuando Puffendorf interpreta que la ley de Bolonia que establecía que cualquiera que derramase sangre en las calles debía ser sancionado con la mayor severidad no se extendía al cirujano que abriera las venas de una persona caída en la calle debido a un ataque.

La autoridad normativa presupone cierto sistema axiológico al dictar ciertas normas. Si es correcto que una propiedad no ha sido considerada relevante debido a que no fue tomada en cuenta al tiempo de la promulgación de las normas pero, de haber sido considerada por la autoridad normativa,

ésta habría correlacionado el caso con una solución normativa diferente, esto significa que de acuerdo con el sistema axiológico presupuesto por la autoridad, esa propiedad debe ser considerada relevante. En consecuencia, afirmar en un cierto caso la existencia de una laguna axiológica en un sistema normativo puede ser interpretado como un enunciado que declara no sólo que cierta propiedad debe ser considerada relevante en un sistema normativo α de acuerdo con un cierto sistema axiológico β –aunque de hecho no ha sido considerada relevante–, sino también que ese sistema axiológico β es –o coincide con– el sistema axiológico presupuesto por la autoridad normativa.

En tal caso, la hipótesis de relevancia expresaría un enunciado descriptivo relativo al sistema β, de acuerdo con el cual una cierta propiedad debe ser (proposición normativa) relevante en el sistema α. Como tal, sería susceptible de verdad o falsedad.

Con esta lectura descriptiva de la hipótesis de relevancia, y aceptando la premisa adicional de que el sistema axiológico desde el cual la hipótesis de relevancia es derivada es una reconstrucción del sistema axiológico presupuesto por la autoridad normativa, podría sostenerse que la propiedad en cuestión *es* relevante en el sistema normativo, y no meramente que *debería* serlo. Después de todo, la autoridad sólo expresa ciertas oraciones para hacer conocer sus intenciones, oraciones que tenemos que interpretar. Y si hemos de ser fieles a sus genuinas intenciones cuando interpretamos sus palabras, y si es verdad que la autoridad normativa tenía la intención de otorgar relevancia a cierta propiedad, entonces tal propiedad es relevante en el sistema.[3]

Lo que trato de sugerir es que bajo el concepto de laguna axiológica parecen confundirse dos diferentes nociones: la idea de laguna axiológica como un enunciado de crítica respecto de un sistema normativo (un enunciado prescriptivo) expresado desde el punto de vista interno de otro sistema normativo (el sistema axiológico del intérprete), y la idea de laguna axiológica como un enunciado interpretativo respecto de cierto conjunto de formulaciones normativas que intenta reconstruir las intenciones de la autoridad normativa. En este segundo sentido, no se trata necesariamente de un enunciado prescriptivo o valorativo, dado que puede tratarse simplemente de una descripción del hecho de que, aunque la autoridad normativa no le ha atribuido relevancia a una cierta propiedad a través de una formulación explícita, esa propiedad es implícitamente relevante en el sistema de acuerdo con el sistema axiológico presupuesto por la autoridad, el cual puede ser

[3] Una conclusión bastante semejante puede encontrarse en Alchourrón, 1996:342.

reconstruido a través de un análisis cuidadoso de las restantes normas promulgadas por la autoridad.

Tomando en cuenta estas dos diferentes lecturas de la hipótesis de relevancia, como una genuina norma y como una proposición normativa, la definición de laguna axiológica de Alchourrón y Bulygin podría expandirse en dos definiciones:

(1) Un caso C de un universo de casos es una laguna axiológica de un sistema normativo α con relación a un universo de acciones si y sólo si existe una propiedad p tal que p debe ser relevante para el caso C de acuerdo con una cierta hipótesis de relevancia descriptiva relativa a un sistema axiológico β, y p es irrelevante para α con relación al universo de acciones.

(2) Un caso C de un universo de casos es una laguna axiológica de un sistema normativo α con relación a un universo de acciones si y sólo si existe una propiedad p tal que p debe ser relevante para el caso C de acuerdo con una cierta hipótesis de relevancia prescriptiva, y p es irrelevante para α con relación al universo de acciones.

Si se agrega a (1) la suposición de que el sistema β es una reconstrucción del sistema axiológico presupuesto por la autoridad normativa, el cual ha sido reconstruido a través del análisis de las restantes normas promulgadas, esto daría la idea de una laguna axiológica como enunciado interpretativo. Por el contrario, (2) expresa la idea de las lagunas axiológicas concebidas como enunciados críticos.

4. Dos nociones descriptivas de irrelevancia normativa

Hemos visto que las nociones de relevancia descriptiva y prescriptiva juegan un papel central en la caracterización del concepto de laguna axiológica. En mi criterio, esas nociones deben ser analizadas con mayor detenimiento, ya que aunque la noción de relevancia es muy difícil de caracterizar, considero que existe una ambigüedad en la noción descriptiva de relevancia normativa que ha pasado inadvertida en el análisis ofrecido hasta aquí.

La consideración de la noción prescriptiva de relevancia nos coloca en el campo de una lógica de normas, la cual intenta reconstruir la racionalidad en la actividad de dictar normas y, consecuentemente, implica la suposición de la consistencia y la completitud. Podría caracterizarse la relevancia prescriptiva de una cierta circunstancia p para la calificación normativa de una acción q exigiendo la satisfacción de dos condiciones. En primer lugar, que si la acción q está prohibida en el caso p, no puede también estar prohibida en el caso no p, y si la acción q está permitida en el caso p, no puede también estar permitida en el caso no p. En segundo lugar, que p debe ser una condición suficiente para la calificación normativa de q como

permitida o prohibida, o al menos una condición contribuyente, esto es, una condición necesaria de una condición suficiente. Ahora bien, lo que resulta más importante para mi propósito es resaltar que en este sentido prescriptivo, la caracterización de la irrelevancia prescriptiva no resulta ambigua: puede ser definida como la negación de la relevancia prescriptiva.

Pero cuando se examina la noción descriptiva de relevancia, las cosas son bastante distintas. Como lo que se tiene en mente aquí es determinar qué propiedades o circunstancias resultan relevantes de acuerdo con un cierto sistema normativo, esto nos coloca en el campo de una lógica de proposiciones normativas, por lo que no puede suponerse ni consistencia ni completitud. Esto genera dos diversos sentidos en los que puede decirse que una propiedad es descriptivamente irrelevante en un sistema normativo. Decir que un caso y su complementario tienen de hecho el mismo status normativo en un cierto sistema (el sentido descriptivo de «irrelevancia» de acuerdo con Alchourrón y Bulygin) resulta ambiguo debido a que esto puede ocurrir como consecuencia de que ambos casos están correlacionados con la misma solución o como consecuencia de la omisión de tomar en consideración la propiedad que define el caso y lo distingue de su complementario.

Para dar cuenta de esta ambigüedad creo que sería conveniente distinguir el concepto de «irrelevancia descriptiva positiva» del concepto de «irrelevancia descriptiva negativa», en analogía con la distinción entre los sentidos positivo y negativo de permisión en la lógica de proposiciones normativas. La razón que justifica ambas distinciones es la misma. En el caso de la noción descriptiva de prohibición, la cual es una noción metalingüística como ya se señaló, su negación puede ser entendida de dos formas: decir que una acción no está prohibida en un cierto sistema normativo puede significar que no existe en el sistema considerado una norma que prohíbe esa acción, en cuyo caso la negación opera sobre todo el enunciado metalingüístico y se genera así la noción de permisión negativa, o bien que una norma que no prohíbe dicha acción existe en el sistema considerado, en cuyo caso la negación opera sobre la norma mencionada en el enunciado y se genera así la noción de permisión positiva. En el caso de la relevancia descriptiva, la negación del enunciado metalingüístico que predica la relevancia descriptiva de una cierta propiedad para la calificación normativa de cierta acción de acuerdo con las normas de un cierto sistema puede ser entendida como operando sobre todo el enunciado metalingüístico (la negación de la relevancia descriptiva) o sobre la noción prescriptiva de relevancia mencionada en el enunciado.

Una propiedad p es descriptivamente relevante en un caso C de un universo de casos con relación a un sistema α para un universo de acciones cuando ese caso y su complementario con relación a la propiedad p tienen

diferente status normativo, en el sentido de que existe una solución del universo de soluciones correspondiente al universo de acciones que está correlacionada por α con uno de los casos pero no con el otro.

Esta caracterización se corresponde con la definición de relevancia descriptiva de Alchourrón y Bulygin. Desde luego, podría concebirse una noción de relevancia más fuerte que exigiera que al menos una solución estuviese correlacionada con un caso pero no con su complementario *y, además, que la razón para establecer esa diferencia en el status normativo se deba a la presencia en uno de los casos y la ausencia en el otro de la propiedad en cuestión*. Si la última condición no fuese satisfecha, la correlación de la solución normativa a cierto caso podría ser considerada como meramente derrotable, esto es, sujeta a las excepciones implícitas que pudieran derivarse de la no verificación en una cierta ocasión de la razón subyacente cuya presencia justifica la diferencia en el status normativo. Sólo diré aquí al respecto que este problema se vincula con la identificación de ciertas normas a partir de las formulaciones normativas dadas a conocer por cierta autoridad, proceso en el cual el intérprete usualmente introduce excepciones implícitas en las normas empleando argumentos como el aludido. Pero cuando las normas de un cierto sistema normativo han sido identificadas (las formuladas explícitamente así como las que han sido agregadas al sistema por el intérprete, pese a no haber sido expresamente formuladas por la autoridad normativa), la definición de la relevancia descriptiva aquí postulada parece satisfactoria.

Un modo de entender la negación del enunciado que predica la relevancia descriptiva de una cierta propiedad da origen a lo que propongo denominar «irrelevancia descriptiva positiva». Una propiedad p es positivamente irrelevante para un caso C en un sistema normativo α si y sólo si de acuerdo con α, el caso y su caso complementario tienen el mismo status normativo, en el sentido de que existe una solución en el universo de soluciones correspondiente al universo de acciones que está correlacionada por α tanto con el caso como con su complementario.

La segunda forma de entender la negación del enunciado que predica la relevancia descriptiva origina lo que denominaré «irrelevancia descriptiva negativa». Una propiedad p es negativamente irrelevante para un caso C en un sistema normativo α si y sólo si, de acuerdo con α, el caso y su caso complementario tienen el mismo status normativo, en el sentido de que para cada solución del universo de soluciones correspondiente al universo de acciones, si esa solución está correlacionada por α con un caso C, entonces también está correlacionada con su caso complementario.

Debería advertirse que la noción descriptiva de relevancia aquí definida es una noción positiva, y que aunque sería difícil encontrar un correlato en

el lenguaje ordinario, también podría definirse una noción negativa de relevancia descriptiva.[4]

Como consecuencia de estas definiciones, la irrelevancia positiva de una propiedad con relación a un caso depende de la posibilidad de derivar del sistema el mismo status normativo tanto para el caso en cuestión como para su complementario (ambos están correlacionados con la misma solución), de manera que se requiere de una acción de parte de la autoridad normativa que le asigne la misma solución a ambos casos. Por el contrario, para que una propiedad sea irrelevante en el sentido negativo con relación a un caso es suficiente con que la autoridad normativa no haya tomado en cuenta dicha propiedad.

Las relaciones entre estos conceptos así definidos son análogas a las que median entre las nociones de prohibición, permisión positiva y permisión negativa de la lógica de las proposiciones normativas. Una propiedad puede ser relevante e irrelevante en el sentido positivo, pero en tal caso el sistema será inconsistente; también puede una propiedad ser relevante e irrelevante en el sentido negativo, pero en tal caso el sistema será incompleto. Si un sistema normativo es consistente, la irrelevancia positiva de una propiedad implica su irrelevancia negativa. Si es completo, la irrelevancia negativa de una propiedad implica su irrelevancia positiva. En consecuencia, para un sistema normativo completo y consistente ambas nociones resultan equivalentes y no habría razón que justifique distinguir entre ellas. Pero para sistemas normativos que no posean alguna de tales cualidades, la irrelevancia positiva y la irrelevancia negativa no deberían asimilarse debido a que ello puede ocasionar serias confusiones.

5. Presupuestos axiológicos en la caracterización de las lagunas normativas

En razón de lo expresado en el último párrafo del punto anterior, considero que las distinciones efectuadas pueden resultar de utilidad para el análisis de distintos problemas de la teoría del derecho. En este punto y en el siguiente intentaré demostrarlo con relación a dos cuestiones. La primera se vincula con la diferenciación entre las lagunas normativas y las axiológicas;

---

[4] Formalmente:

Relevancia descriptiva positiva de p para C_i en α: $\exists s \in USMin/UA_k$: $(s \in \alpha/C_i \wedge s \notin \alpha/\sim C_i)$;

Irrelevancia descriptiva positiva de p para C_i en α: $\exists s \in USMax/UA_k$: $(s \in \alpha/C_i \wedge s \in \alpha/\sim C_i)$;

Irrelevancia descriptiva negativa de p para C_i en α: $\forall s \in USMin/UA_k$: $(s \in \alpha/C_i \rightarrow s \in \alpha/\sim C_i)$;

Relevancia descriptiva negativa de p para C_i en α: $\forall s \in USMax/UA_k$: $(s \in \alpha/C_i \rightarrow s \notin /\alpha\sim C_i)$.

Como puede apreciarse, las nociones de relevancia positiva y de irrelevancia negativa se definen en términos de soluciones minimales, mientras que las nociones de irrelevancia positiva y relevancia negativa se definen en términos de soluciones maximales.

la segunda con el nexo entre las lagunas axiológicas y el problema de la derrotabilidad de las normas jurídicas.

Ricardo Caracciolo (1994) ha presentado una interesante crítica a la distinción entre los conceptos de laguna axiológica y laguna normativa. Su idea podría sintetizarse del siguiente modo: si el concepto de laguna normativa resulta asociado a la noción formal de completitud y, consecuentemente, postular la existencia de una laguna de este tipo constituye un enunciado descriptivo acerca de un sistema normativo, debería poder ofrecerse un criterio claro que permita distinguir las lagunas normativas de las lagunas axiológicas, entendidas estas últimas como enunciados que prescriben que ciertas normas, que no pertenecen a un sistema jurídico, deberían pertenecer a él. Sin embargo, resultaría problemático definir qué se entiende por el «caso» cuya falta de regulación origina la laguna normativa. La dificultad consistiría en determinar si la expresión «relevante» puede ser usada descriptivamente con relación a los casos o conductas no previstas. Si se responde a esto en forma negativa, no sería posible formular un juicio del tipo «el caso C es una laguna normativa en el sistema S» sin presuponer un juicio de valor.

Como se ha visto, según Alchourrón y Bulygin, una propiedad se considera descriptivamente relevante en un sistema normativo si existe una diferencia en el «status normativo» de cierta conducta en función de la presencia o ausencia de tal propiedad. Ahora bien, suponiendo un sistema normativo α compuesto por una única norma que establece «si p entonces prohibido q», resulta claro que el caso p deberá ser incluido en el universo de casos relevantes. Pero ¿qué decir del caso ~p? De la descripción del sistema sólo parece resultar la relevancia de la presencia de la propiedad p. Caracciolo entiende que habría dos usos diferentes de la expresión «status normativo»: uno para los casos que están normados en el sistema y otro para los que carecen de solución, lo cual determinaría una modificación, en el caso de «laguna normativa», del calificativo «relevante» que supondría pasar de un significado descriptivo a uno prescriptivo. El sentido de la afirmación según la cual el caso no previsto ~p es relevante sería en todo similar al significado de «relevancia» cuando el concepto es utilizado prescriptivamente. Y ello por cuanto no habría contradicción alguna en un enunciado como «el caso ~p es relevante, aunque el legislador no lo ha previsto». Por tal motivo, la tesis de Alchourrón y Bulygin acerca del concepto de «relevancia» y de «laguna normativa» se fundaría en la aceptación de una premisa normativa implícita acerca del sistema, de conformidad con la cual, si el legislador ha tomado en cuenta ciertas propiedades, debería haber tomado en cuenta ciertas combinaciones posibles de esas propiedades.

Creo que podría coincidir con Caracciolo en la idea de que la línea de demarcación entre la completitud entendida como un «ideal puramente racional» y la consideración valorativa de que, si el legislador ha tomado en cuenta ciertas propiedades, debería haber tomado también en cuenta todas sus posibles combinaciones, resulta más que delgada. Además, creo que Caracciolo advierte acertadamente que el uso de la expresión «status normativo» puede generar una ambigüedad. Pero Caracciolo asimila esa ambigüedad a la que media entre los sentidos descriptivo y prescriptivo de relevancia, cuando en mi criterio ella provoca una ambigüedad distinta, que es la que origina los dos sentidos descriptivos de irrelevancia -y de relevancia- individualizados en el punto 5.

El argumento central de Caracciolo podría reconstruirse del siguiente modo: si para poder determinar la relevancia de una propiedad debe mediar una diferencia en el «status normativo» entre el caso en que ella está presente y el caso en que ella está ausente, no podría decirse que el caso no previsto sea «relevante» en este sentido. Y ello por cuanto, para determinar una diferencia en el status normativo de dos casos es menester saber cuál es el status normativo de cada uno, pero el sistema no proporciona ninguna información sobre el status normativo del caso no regulado. De modo que, si ambos casos complementarios con respecto a la propiedad p están normados, la igualdad o desigualdad de status normativo de la que depende la calificación de relevancia se fundaría en el contenido explícito del sistema. Pero si alguno de ellos no está previsto, como las normas no proporcionan criterio alguno respecto del status normativo del caso no regulado, la diferencia de status normativo no sería sino el producto de una decisión arbitraria, e igualmente lo sería la calificación como «relevante» del caso no previsto.

Este razonamiento no me parece convincente. Creo que podría asimilarse sin mayor dificultad la noción de «status» normativo a la de «calificación» normativa, esto es, a la modalización deóntica de una conducta. Por cierto que la pregunta por el status o calificación normativa de una conducta puede ser respondida de dos modos claramente diferentes según quién sea el destinatario de la pregunta. Si se le pregunta a una autoridad normativa por el status o calificación normativa de cierta conducta q, su respuesta será una genuina *norma*, por ejemplo, «está prohibido realizar el acto q en el caso p». Si en cambio la pregunta va dirigida a alguien que no reviste tal carácter, a fin de que informe acerca del status o calificación normativa de una conducta según las normas de un cierto sistema α, su respuesta será una *proposición normativa* relativa al sistema α y, como tal, un enunciado susceptible de verdad o falsedad, por ejemplo, «de acuerdo con el sistema α, está prohibido realizar el acto q en el caso p», en el sentido de que en α

existe una norma que prohíbe q para el caso p. Ahora supongamos que el sistema en cuestión sólo contiene tal norma. ¿Cuál es el status normativo de la conducta q en el caso ~p de acuerdo con α? Caracciolo afirma que «el sistema no proporciona ninguna información en relación a los casos no previstos», pero esto sólo puede entenderse en el sentido de que no puede derivarse ninguna *norma* respecto de tal caso, no que no puedan formularse proposiciones normativas a su respecto. Nada obsta a formular una proposición normativa negativa acerca de la conducta q en el caso ~p, por ejemplo «de acuerdo con el sistema α, no está prohibido realizar el acto q en el caso ~p», en el sentido de que no existe una norma que prohíba q para el caso ~p en el sistema de referencia, proposición que resultaría sin dudas verdadera respecto del sistema analizado.

La expresión «status normativo» cuando se la utiliza en el contexto del análisis de las consecuencias que se siguen de un determinado sistema normativo no puede sino ser interpretada como relativa a la formulación de proposiciones normativas respecto de tal sistema. Por ello discrepo con la idea de Caracciolo en el sentido de que no puede determinarse el status normativo del «caso no previsto». Igualmente discrepo con su afirmación acerca de que la diferencia de status normativo entre el «caso previsto» y el «no previsto» resulta de una decisión arbitraria, así como la atribución de relevancia a este último. Pero para justificar mi posición creo que es necesario aclarar mejor el sentido en el que el «caso no previsto» es descriptivamente relevante.

Recuérdese que Caracciolo sostiene que el sentido en el que es relevante el caso no previsto resultaría «en todo similar» al significado prescriptivo de relevancia. Pienso que es evidente que la relevancia descriptiva de la propiedad p en el caso C_i, en el cual tal propiedad está presente, suponiendo un sistema conformado por una única norma que establece «si p, entonces prohibido q», difiere del sentido en que cabe predicar relevancia descriptiva de p en el caso $\sim C_i$, en el cual está ausente. Según las definiciones aquí propuestas, en un sistema como el del ejemplo anterior, la propiedad p resulta relevante en el caso C_i en sentido positivo ya que se satisface la exigencia de que existe al menos una solución correlacionada por el sistema con C_i y no con su caso complementario $\sim C_i$. Y también es relevante en sentido negativo en C_i, ya que se satisface asimismo la exigencia de que para toda solución se cumple que si ella está correlacionada por el sistema con C_i, no está correlacionada con $\sim C_i$. En cambio, la propiedad p en el caso complementario $\sim C_i$ (el «caso no previsto») es relevante sólo en sentido negativo, puesto que el condicional de la última de las exigencias mencionadas resulta verificado en virtud de la falsedad de su antecedente, esto es, en virtud de que no existe ninguna solución correlacionada por el sistema con

$\sim C_i$. Pero en $\sim C_i$ la propiedad p no es relevante en sentido positivo ya que no es cierto que exista al menos una solución correlacionada por el sistema con el caso $\sim C_i$ y no con el caso C_i.

Que una propiedad sea relevante en un caso sólo en este sentido descriptivo meramente negativo no puede confundirse con el significado prescriptivo de relevancia. Es correcto que, tanto en el caso de que una propiedad sea prescriptivamente relevante en un caso, como en el caso de que resulte descriptivamente relevante sólo en sentido negativo, podría decirse «esta propiedad es relevante aún cuando el legislador no la haya previsto». Pero este enunciado significará algo diferente según se interprete la expresión «relevante» en uno u otro sentido. En el caso de la relevancia prescriptiva, el enunciado no resulta contradictorio en virtud de que la relevancia de una propiedad en este sentido es totalmente independiente no sólo respecto de lo que haya previsto o no el legislador, sino también de las soluciones que haya consagrado en el caso de haberla previsto. Decir que una propiedad *debe ser* considerada relevante en un sistema normativo α, en virtud de tratarse de una prescripción formulada desde el punto de vista interno de otro sistema normativo, no podría entrar en conflicto con ninguna proposición normativa relativa al sistema α.

En cambio, en el caso de la relevancia descriptiva negativa, el enunciado no resultaría contradictorio porque, como ya se dijo, la exigencia de que para toda solución, si ella está correlacionada por el sistema con el caso C_i, no esté correlacionada con su caso complementario, por estar formulada en términos condicionales, se verifica con la mera falsedad de su antecedente, de modo que resulta satisfecha respecto del «caso no previsto» puesto que ninguna solución está correlacionada con él.

Por consiguiente, creo que el interrogante planteado por Caracciolo acerca de si la expresión «relevante» puede ser usada descriptivamente en relación a los «casos no previstos» debe ser respondido de manera afirmativa. La noción de relevancia descriptiva negativa puede cumplir ese rol y, por lo tanto, la caracterización de la noción de laguna normativa no tiene por qué presuponer juicio de valor alguno.

6. Lagunas axiológicas y derrotabilidad de las normas jurídicas

La distinción entre estos distintos conceptos de relevancia e irrelevancia resulta útil asimismo para analizar uno de los argumentos que han sido empleados para defender la idea de la derrotabilidad de las normas jurídicas.

Este argumento sostiene lo siguiente: el proceso de reformulación e incorporación de excepciones en las normas jurídicas nunca puede considerarse completo porque al decidir un caso es necesario juzgar la relevancia o irrelevancia de todas sus características y, en consecuencia, no es posible in-

vocar una regla predeterminada que declare irrelevante cualquier propiedad del caso que sea distinta de aquellas que componen una lista ya cerrada.

Una regla, entendida como una norma no sujeta a excepciones implícitas, expresaría la calificación normativa de toda acción individual que verifique las propiedades consideradas relevantes en ella, cualesquiera sean las restantes propiedades que se encuentren presentes y, por ello, implicaría la irrelevancia de todas esas otras propiedades. La aceptación de una norma tal sólo sería racional, siguiendo esta idea, si el agente considera toda posible situación en la cual las propiedades en cuestión pudieran verificarse, y juzga que debe actuarse del mismo modo en todas ellas, porque el resto de las posibles descripciones resultan normativamente irrelevantes.[5] Si ese no es el caso, la aceptación de esa norma implicaría una renuncia anticipada a evaluar todas y cada una de las circunstancias adicionales del caso particular, renuncia que constituiría una forma de irracionalidad.[6]

Esta idea se vincula con uno de los sentidos en los que se ha predicado derrotabilidad de las normas jurídicas. MacCormick ha expresado que existe un sentido de derrotabilidad que se halla conectado con un cierto enfoque de un problema omnipresente respecto de la formulación o articulación del derecho:

> «Es obvio que sería extremadamente difícil, quizás imposible, y sin duda lo contrario a toda forma de claridad o cognoscibilidad del derecho, intentar una formulación de toda precondición de validez concebible en toda enunciación de toda regla. De modo que las formulaciones generales de derechos pueden dejar muchas condiciones subyacentes sin enunciar, especialmente aquellas que sólo se revelan en casos un tanto excepcionales. La presencia de elementos no enunciados parece ser una característica general del derecho, aunque diferentes sistemas jurídicos adopten distintas líneas características en cuanto al grado en el que los proyectos de leyes deberían tender hacia la completitud en cada formulación jurídica, en lugar de otorgar amplias facultades para una lectura de las leyes a la luz de su contexto sistémico global» (MacCormick 1995).

En el comienzo de este trabajo, con el auxilio de la distinción entre los sentidos prescriptivo y descriptivos de permisión, se analizó la ambigüedad del principio «todo lo que no está prohibido, está permitido», y de esa forma fue posible criticar la tesis según la cual todos los sistemas jurídicos son necesariamente completos. De manera análoga, pienso que el argumento aquí expuesto que sostiene la derrotabilidad de las normas jurídicas debido a la irracionalidad de considerar irrelevantes aquellas propiedades que no han sido consideradas relevantes, puede ser examinado con mayor cuidado

---

[5] Klaus Günther hace referencia a esta intuición como «el ideal de la norma perfecta» (cf. Günther, 1995).

[6] En estas consideraciones he proyectado al campo del derecho un argumento que utiliza Juan Carlos Bayón con relación al discurso moral (cf. Bayón, 1991: 346-353).

con la ayuda de las diferentes nociones de irrelevancia que se han distinguido.

No obstante, ciertas aclaraciones preliminares me parecen necesarias. En primer lugar, el legislador formula ciertas oraciones a partir de las cuales pueden identificarse las propiedades que expresamente ha considerado relevantes. Pero esas formulaciones normativas están sujetas a interpretación y sería un error hablar de relevancia normativa en el nivel de las formulaciones normativas, dado que esto sólo puede tener sentido una vez que esas formulaciones han sido interpretadas. Ahora bien, al asignar significado a las formulaciones normativas dadas a conocer por el legislador, el intérprete puede considerar la relevancia, no solo de aquellas propiedades expresamente contempladas como relevantes por el legislador, sino también de aquellas otras propiedades que son derivadas por el intérprete de otras expresiones del legislador o de otras fuentes del derecho admitidas como válidas. En tal caso habría una laguna axiológica en el sistema, en el sentido de un enunciado interpretativo que intenta reconstruir los valores presupuestos por la autoridad normativa.

Esto podría llevar a pensar que el argumento aquí considerado se centra en la posibilidad de la incorporación por parte del intérprete de propiedades implícitamente relevantes en adición a aquellas explícitamente consideradas tales por parte del legislador. Sin embargo, el problema reaparece de todos modos en el nivel del intérprete: de acuerdo con una cierta atribución de significado al conjunto de formulaciones normativas, habrá ciertas propiedades relevantes (expresamente consideradas tales por el legislador o implícitamente derivadas por el intérprete). La cuestión será ahora qué ocurre con las restantes propiedades concebibles. ¿Deben ser consideradas irrelevantes? Parecería que la posibilidad de introducir excepciones sobre la base de propiedades que no han sido tomadas en cuenta todavía no ha quedado eliminada.

En segundo lugar, no deben confundirse en el argumento considerado los sentidos prescriptivo y el descriptivo de relevancia. Porque es obvio que las normas jurídicas son derrotables en el sentido de que siempre puede atribuírsele relevancia normativa prescriptiva a ciertas propiedades que no han sido tomadas en cuenta por el legislador. En esos casos se dirá que existe una laguna axiológica en el sistema, en el sentido de un enunciado crítico desde el punto de vista interno de un cierto sistema axiológico.

En una lectura descriptiva de la noción de irrelevancia, el enunciado «toda propiedad que no ha sido tomada como relevante es irrelevante» podría interpretarse como una directiva a los jueces en el sentido de que no deberían atribuir relevancia normativa a ninguna otra propiedad que no haya sido explícitamente considerada tal por el legislador. La presencia en un sis-

tema jurídico de una regla residual de segundo nivel con estas características es evidentemente algo contingente. Pero en el caso de que exista, el sistema en cuestión constituiría lo que Schauer (1991, capítulo 3) denomina un «modelo rígido» de aplicación de normas, de acuerdo con el cual los jueces no tendrían competencia para introducir excepciones en la aplicación de las normas generales, fuera de aquellas que hubiesen sido introducidas por el propio legislador en otras normas generales del sistema. La racionalidad o irracionalidad de un modelo tal podría ser materia de controversia, pero en todo caso los diferentes argumentos expuestos por Schauer para su justificación deberían ser considerados. De todos modos, debe advertirse que la mayoría de los sistemas jurídicos autorizan a sus jueces a justificar sus decisiones introduciendo excepciones implícitas en las normas generales en los casos de lagunas axiológicas en cualquiera de los dos sentidos indicados.

Si ahora nos concentramos en las lecturas descriptivas de «irrelevancia», el enunciado «toda propiedad que no ha sido considerada relevante es irrelevante» se vuelve necesaria y trivialmente verdadero si «irrelevancia» se interpreta en su sentido negativo, dado que en tal caso sólo se expresaría que si una propiedad no ha sido considerada como relevante, no ha sido considerada relevante. Por otra parte, su verdad será contingente si «irrelevancia» se interpreta en sentido positivo, dado que dependerá de la existencia en el sistema jurídico de referencia de una regla de clausura de la relevancia como la descripta en el párrafo anterior.

De las ideas expuestas podría concluirse que las normas jurídicas deberían ser consideradas como inderrotables o derrotables de conformidad con la presencia o ausencia de una regla de clausura de la relevancia en el sistema jurídico de referencia. Pero esto no es tan simple. Un análisis de las diferentes actitudes que puede adoptar un juez al decidir un caso particular permitirá advertir la razón. Frente al problema de tener que determinar si una cierta propiedad debería considerarse relevante para la decisión que ha de adoptar en un caso, y si esa propiedad es irrelevante en sentido negativo en el sistema de referencia, puede que el sistema contenga o no una regla de clausura. Si la contiene, la propiedad en cuestión deberá ser considerada irrelevante. Y si el juez, con independencia de ello, decide tomarla como relevante para su decisión, estará dejando de lado la solución normativa preestablecida por el sistema. Si, por otra parte, el sistema no contiene una regla de clausura al respecto, el juez no tendrá obligación de considerarla irrelevante. Pero si la toma como relevante para su decisión, no podrá justificar esa relevancia –ni su decisión– en las normas del sistema.

En cualquier caso, que los jueces se encuentren o no autorizados –dependiendo de la ausencia o la presencia de una regla de clausura de la relevancia– a incorporar otras normas que introduzcan excepciones a las ya

existentes en el sistema jurídico en la justificación de sus decisiones en casos particulares, es una cuestión enteramente independiente de si esas normas empleadas por los jueces para derrotar las normas del sistema jurídico serán incorporadas al sistema o no. En otras palabras, que las normas jurídicas sean «derrotables» en el sentido de que un juez puede incorporar excepciones no previstas en ellas al resolver un caso particular, no debe interpretarse equivocadamente como una tesis relativa a la configuración del sistema, es decir, con la posibilidad de identificar qué normas integran el sistema jurídico de referencia.

Referencias

Alchourrón, C., 1993, «Philosophical Foundations of Deontic Logic and the Logic of Defeasible Conditionals», J. J. Meyer and R. J. Wieringa (eds.), *Deontic Logic in Computer Science*, New York, Wiley & Sons, pp. 43-84.

Alchourrón, C., 1996, «On Law and Logic», *Ratio Juris*, vol. 9, Nº 4:331-348.

Alchourrón, C. y E. Bulygin, 1975, Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales, Buenos Aires, Astrea, título original: *Normative Systems*, Wien, Springer-Verlag, 1971.

Bayón, J. C., 1991, *La normatividad del derecho. Deber jurídico y razones para la acción*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

Caracciolo, R., 1994, «El concepto de «laguna». Descripción o prescripción», *La noción de sistema en la teoría del derecho*, México D. F., Fontamara, pp. 27-36.

Günther, K., 1995, «Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica», *Doxa - Cuadernos de Filosofía del Derecho* 17-18, pp. 271-302, título original «Ein normativer Begriff der Kohärenz für eine Theorie der juristischen Argumentation», *Rechtstheorie* 20, pp. 163-190, 1989.

MacCormick, N., 1995, «Defeasibility in Law and Logic», Bankowski, Z., I. White and U. Hahn (eds.), *Informatics and the Foundations of Legal Reasoning*, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, pp. 99-117.

Schauer, F., 1991, *Playing by the Rules*, Oxford, Oxford University Press.

Carlos Alarcón Cabrera

«DOS CONCEPTOS DE VALIDEZ»

DOXA 22 (1999)

DOS CONCEPTOS DE VALIDEZ

Carlos Alarcón Cabrera
Universidad de Huelva

1. Validez deóntica vs. validez dianoética

La posición del último Kelsen sobre la posibilidad de construir inferencias normativas parece clara: condición necesaria de validez de una norma es su existencia; condición necesaria de existencia de una norma es su producción mediante un acto de voluntad. A diferencia de las «descripciones», que son «sentidos de actos de pensamiento», y que como tales son verdaderas o falsas, las normas son «sentidos de actos de voluntad», y respecto a su validez (es decir, respecto a su existencia) no rigen principios lógicos como el de no contradicción o la regla de inferencia [1].

Por ejemplo, la norma «Está prohibido a todos los vehículos circular por la izquierda» podría coexistir en un mismo ordenamiento con la norma «Está permitido a todos los vehículos circular por la izquierda» si también coexistieran dos actos de voluntad del legislador con los respectivos «sentidos». Asimismo, de la validez (de la existencia) de la norma «Está prohibido a todos los vehículos circular por la izquierda» no se infiere lógicamente la validez (la existencia) de la norma «Está prohibido a los vehículos de dos ruedas circular por la izquierda», validez que requiere un nuevo acto de voluntad.

Es más, el principio de no contradicción y la regla de inferencia no sólo no rigen respecto a la validez (como existencia) de las normas; tampoco son aplicables a las «proposiciones descriptivas» sobre la validez (como existencia) de las normas. Las proposiciones descriptivas «La norma "Está prohibido a todos los vehículos circular por la izquierda" es válida (existe)» y «La norma "Está permitido a todos los vehículos circular por la izquierda" es válida (existe)» no son contradictorias porque tienen objetos diferentes (tienen como objetos, respectivamente, la validez (la existencia) de cada una de las dos normas mencionadas). Asimismo, de la proposición descriptiva «La norma "Está prohibido a todos los vehículos circular por la

[1] Hans KELSEN, *Recht und Logik*, 1965; *Allgemeine Theorie der Normen*, 1979.

izquierda" es válida (existe)» tampoco se infiere lógicamente la proposición descriptiva «La norma "Está prohibido a los vehículos de dos ruedas circular por la izquierda" es válida (existe)». La relación entre la norma general y la norma individual no es completa, para Kelsen, sin un nuevo acto de voluntad. Como este nuevo acto de voluntad puede no existir, ni la validez de la norma individual se infiere lógicamente de la validez de la norma general, ni una proposición descriptiva sobre la validez de la norma individual se infiere lógicamente de una proposición descriptiva sobre la validez de la norma general.

En palabras de Conte, *In margine all'ultimo Kelsen,* 1967, «a la validez [como existencia] de las *proposiciones prescriptivas*, la regla de inferencia no se aplica *ni directamente, ni indirectamente*» [2]:

No se aplica *directamente,* porque para que una proposición prescriptiva individual sea válida (para que exista) no basta con que sea válida (con que exista) una proposición prescriptiva general de la que «parezca implicar». Condición necesaria de su validez (de su existencia) es su «posición» en el ordenamiento: debe estar «puesta» en el ordenamiento (por ejemplo, a través de una sentencia judicial) [3].

No se aplica *indirectamente*, porque una proposición descriptiva que afirme la validez (como existencia) de una proposición prescriptiva individual no deriva lógicamente de una proposición descriptiva que afirme la validez (como existencia) de una proposición prescriptiva general. Condición necesaria de verdad de la primera proposición descriptiva no es la verdad de la segunda proposición descriptiva, sino la validez (la existencia) de la proposición prescriptiva individual; es decir, es necesario que la proposición prescriptiva individual haya sido «puesta» en el ordenamiento [4].

Que la regla de inferencia no se aplique ni directamente ni indirectamente a la validez (como existencia) de las proposiciones prescriptivas no es, para Conte, paradójico, sino tautológico: «*Sólo si* una proposición prescriptiva existe, entonces existe; es irrelevante, para su existencia, que derive lógicamente de otra» [5].

---

[2] Amedeo G. Conte, *In margine all'ultimo Kelsen*, 1967, p. 116; *Primi argomenti per una critica del normativismo,* 1968, p. 10.

[3] Amedeo G. Conte, *In margine all'ultimo Kelsen,* 1967, p. 116; *Primi argomenti per una critica del normativismo,* 1968, p. 10.

[4] Amedeo G. Conte, *In margine all'ultimo Kelsen,* 1967, p. 116-117; *Primi argomenti per una critica del normativismo,* 1968, p. 10.

[5] Amedeo G. Conte, *In margine all'ultimo Kelsen,* 1967, p. 117-118; *Primi argomenti per una critica del normativismo,* 1968, p. 20-22. De hecho, como sugiere Conte, el principio de no contradicción y la regla de inferencia no sólo no rigen respecto a la existencia de las normas (respecto a la existencia de las «proposiciones prescriptivas *in specie*»); tampoco rigen respecto a la existencia de «ninguna cosa *in genere*».

En otras palabras: la (supuesta) validez inferencial o *«dianoética»* («Gültigkeit») de una norma no es condición suficiente de su validez deóntica («Geltung»). La validez deóntica de una norma no depende de las normas (lógicas) de las que pueda depender que dicha norma sea «dianoéticamente» válida; depende de las reglas constitutivas del ordenamiento [6]. Aun aceptando que podamos inferir una norma de otra, ello no implica que podamos inferir la validez (deóntica) de la primera de la validez (deóntica) de la segunda.

2. Constitutividad hipotética y validez

Una tesis parcialmente contraria a la tesis de Kelsen (a la tesis según la cual la validez de una norma individual no deriva lógicamente de la validez de la norma general, sino que requiere un nuevo acto de voluntad cuyo sentido sea la norma individual; a la tesis según la cual la validez dianoética de una norma [7] no es condición suficiente de su validez deóntica) ha sido defendida por Radice, *Regole costitutive e sillogismo normativo,* 1992. Según Radice, contra la tesis de Kelsen se puede oponer un «exemplum contrarium»: la validez deóntica de las reglas hipotético-constitutivas, de las reglas que ponen condiciones de aquello sobre lo que versan [8], implica la validez deóntica de las conclusiones dianoéticamente válidas. No es necesario un nuevo acto de voluntad (por ejemplo, una sentencia judicial) para que la derivación individual de una regla hipotético-constitutiva sea deónticamente válida.

Siguiendo el ejemplo citado por Radice, de la regla hipotético-constitutiva «El interdicto tiene el domicilio del tutor» [9], en conjunción con la premisa de hecho «Rossi es interdicto», deriva la conclusión normativa «Rossi tie-

---

[6] Cf. Amedeo G. Conte, *Deontico vs dianoetico,* 1986, pp. 490-491; Letizia Gianformaggio, *Ancora su la logica e le norme,* 1987; Tecla Mazzarese, *Logica deontica e linguaggio giiuridico,* 1989, pp. 101 ss.; Enrico Pattaro, *Contributo al seminario «Se la logica si applichi alle norme»*, 1986; Carlos Alarcón Cabrera, *En torno a la lógica deóntica del último Kelsen,* 1989; Carlos Alarcón Cabrera, *Normas y paradojas,* 1993.

[7] Radice precisa que sólo metonímicamente se puede aludir a la «validez dianoética» de una norma. La norma es la conclusión de la «inferencia dianoéticamente válida» (Stefano A. Radice, *Regole costitutive e sillogismo normativo,* 1992, p. 422).

[8] Aunque Radice alude, como «exemplum contrarium» a la tesis de Kelsen, a las reglas hipotético-constitutivas, puede interpretarse que sólo se está refiriendo a una especie de regla hipotético-constitutiva: a las reglas metatético-constitutivas, a las reglas que ponen condiciones suficientes de aquello sobre lo que versan:

Por una parte, la premisa mayor del silogismo normativo que cita como ejemplo Radice es la regla metatético-constitutiva «El interdicto tiene el domicilio del tutor».

Por otra parte, cuando justifica el carácter (no constitutivo, sino) declarativo de una sentencia judicial aplicadora de una regla hipotético-constitutiva, Radice señala: «Si algo es, por ley, condición suficiente de un condicionado, y la condición suficiente se satisface, el juez no puede hacer otra cosa que declarar la subsistencia del condicionado» (Stefano A. Radice, *Regole costitutive e sillogismo normativo*, 1992, pp. 423-424).

[9] La norma «El interdicto tiene el domicilio del tutor» ha sido frecuentemente citada en el contexto teórico de las reglas constitutivas.

ne el domicilio del tutor» [10]. La validez dianoética de «Rossi tiene el domicilio del tutor» es condición suficiente de su validez deóntica. Por la estructura de la regla hipotético-constitutiva, dice Radice, «la conclusión es, *ipso iure*, deónticamente válida en el ordenamiento en el que es deónticamente válida la premisa mayor *El interdicto tiene el domicilio del tutor*». Una sentencia judicial sobre el domicilio de un interdicto es declarativa y no constitutiva de validez deóntica: «la *constitutividad* de una regla hipotético-constitutiva excluye la *constitutividad* de la sentencia basada en tal regla» [11].

3. Dos conceptos ambiguos

La tesis de Radice incita a formular una cuestión. Esta cuestión presupone la ambigüedad de dos conceptos.

La cuestión es la siguiente: ¿en qué sentido puede ser *deónticamente válida* una *norma* inferida de otra *norma deónticamente válida*?

Los conceptos cuya ambigüedad se presupone al formular esta cuestión son los conceptos de «norma» y de «validez deóntica».

3.1. «Status deóntico» vs. «enunciado deóntico»; «validez sintáctica» vs. «validez semántica»

Para hacer frente a la mencionada ambigüedad, Conte distinguió *(Studio per una teoria della validità,* 1970) entre «norma» como «enunciado deón-

---

En *Regola costitutiva, condizione, antinomia,* 1983, Conte afirma que esta norma pertenece al conjunto de las reglas «thético-constitutivas», reglas que, como «actos performatios théticos» (actos que son una «thésis», que son una posición de verdad), *son* condición *suficiente* de aquello sobre lo que versan, «constituyen estados de cosas théticos subsistentes en el ordenamiento y por el ordenamiento en el que son válidas», no prescriben que un agente *ponga* un estado de cosas, sino que lo *ponen* ellas mismas: «La norma *El interdicto tiene el domicilio del tutor*, a diferencia de la regla que *prescribe* al *profesor* la *residencia* en la sede de su universidad, [...] *adscribe* al *interdicto* el *domicilio* del tutor (Amedeo G. Conte, *Regola costitutiva, condizione, antinomia,* 1983, p. 25 y nota 8. Cf. Amedeo G. Conte, *Aspetti della semantica del linguaggio deontico,* 1977, pp. 154-162; Giampaolo M. Azzoni, *Il concetto di condizione nella tipologia delle regole,* 1988, p. 57).

En *Norme che sono condizioni sufficienti del loro oggetto?*, 1986, Guastini indica que tanto si la norma «El interdicto tiene el domicilio del tutor» se reestructura sintácticamente siguiendo el modelo «si *f*, entonces *g*» («Si una persona es interdicta, entonces tiene el domicilio de su tutor»), como si se reestructura sintácticamente siguiendo el modelo «*x*» tiene valor de «*y*» («El domicilio del tutor tiene valor de domicilio del interdicto»), esta norma no es condición suficiente de aquello sobre lo que versa, no es condición suficiente de su objeto (en el primer caso no es condición suficiente del hecho de la interdicción, en el segundo caso no es condición suficiente del domicilio del tutor). La norma «El interdicto tiene el domicilio del tutor» es condición suficiente (no de su objeto, sino) de su efecto, es condición suficiente de la adquisición del domicilio del tutor por parte del interdicto, por lo que sólo impropiamente puede considerarse una regla thético-constitutiva (Riccardo Guastini, *Norme che sono condizioni sufficienti del loro oggetto?*, 1986, pp. 218-221).

[10] Stefano A. Radice, *Regole costitutive e sillogismo normativo*, 1992, pp. 423-424.

[11] Stefano A. Radice, *Regole costitutive e sillogismo normativo*, 1992, p. 424.

tico», como enunciado que sigue el modelo «el comportamiento C es D» (donde D designa un modo deóntico: obligatorio, prohibido, permitido...) y «norma» como «status deóntico», como estado de cosas extralingüístico sobre el que versa un enunciado deóntico (una obligación, una prohibición, una permisión...) [12].

Paralelo al paradigma «enunciado deóntico» vs. «status deóntico» es otro paradigma: el paradigma «validez deóntica semántica» vs. «validez deóntica sintáctica». La validez sintáctica, predicable de las normas como status deónticos, es relativa a las reglas constitutivas que «en» y «por» un ordenamiento definen la validez, a las reglas que determinan la «sintaxis de validez»; en particular, es relativa a la norma fundamental del ordenamiento [13]. La validez semántica, predicable de las normas como enunciados deónticos, es relativa a la correspondencia de un enunciado deóntico con un status deóntico. La validez semántica de los enunciados deónticos es el valor correlativo a la verdad de los enunciados apofánticos: los enunciados deónticos son semánticamente válidos o semánticamente inválidos de forma análoga a cómo los enunciados apofánticos son verdaderos o falsos [14].

La validez sintáctica de un status deóntico constituido en un ordenamiento y por un ordenamiento es condición suficiente de validez semántica («thética» [15]) del enunciado deóntico correspondiente. El enunciado deóntico «Está prohibido a todos los vehículos circular por la izquierda» es semánticamente válido si es verdad (en un ordenamiento y por un ordenamiento) que está prohibido a todos los vehículos circular por la izquierda; es decir, si en un ordenamiento y por un ordenamiento es sintácticamente

---

[12] Amedeo G. Conte, *Studi per una teoria della validità,* 1970, pp. 334-342.

[13] Amedeo G. Conte, *Minima deontica,* 1988, pp. 435-437 y 454-461.

[14] Amedeo G. Conte, *Minima deontica,* 1988, p. 446-448.

[15] Cf. Amedeo G. Conte, *Minima deontica,* p. 448. Al afirmar que la validez sintáctica de un status deóntico constituido «en» un ordenamiento y «por» un ordenamiento es condición suficiente de validez semántica del enunciado deóntico correspondiente asumo implícitamente como hipótesis que toda validez semántica es validez semántica *«thética»*.

Los conceptos de «validez semántica thética» y de «validez semántica athética» reproducen en términos novedosos la clásica polémica doctrinal que enfrenta al positivismo jurídico y al iusnaturalismo: La validez semántica thética de un enunciado deóntico depende de su correspondencia con un status deóntico («théticamente») constituido en un ordenamiento y por un ordenamiento. La validez semántica athética de un enunciado deóntico depende de su correspondencia, en palabras de Kalinowski, con la «realidad deóntica» (el enunciado deóntico «Está prohibido el incesto» posee validez semántica athética si, conforme a la realidad deóntica, está prohibido el incesto, y aunque «en» y «por» un ordenamiento no sea verdad que está prohibido el incesto: es decir, aunque el status deóntico «Está prohibido el incesto», no posea, «en» y «por» un ordenamiento, validez sintáctica). Para Azzoni, el concepto de validez semántica athética como verdad deóntica athética se define, a la luz de la obra de Kalinowski, mediante dos tesis: (*i*) las normas designan estados de cosas normativos (tesis de la designatividad de las normas), (ii) las normas pueden ser verdaderas o falsas (tesis de la apofanticidad de

válido el status deóntico «Está prohibido a todos los vehículos circular por la izquierda».

3.2. El origen del concepto de validez semántica

3.2.1. Validez como verdad

La expresión «validez semántica» es, sin embargo, en Conte, posterior al concepto de «validez semántica». En *In margine all'ultimo Kelsen*, 1967, Conte no sólo analizó cómo el principio de no contradicción y la regla de inferencia no son aplicables a la validez de las «proposiciones prescriptivas» entendida como existencia (utilizando la expresión posterior, a la validez (sintáctica) de las normas como status deónticos). También se refirió a la aplicabilidad de ambos principios lógicos a la validez de las «proposiciones prescriptivas» entendida como verdad (utilizando la expresión posterior, a la validez (semántica) de las normas como enunciados deónticos) partiendo de la siguiente hipótesis: «Las proposiciones prescriptivas pueden ser o verdaderas, o falsas, ya que son o verdaderas, o falsas (*ab esse ad posse valet consequentia*); son o verdaderas, o falsas, ya que son verdaderas (una disyunción es verdadera si es verdadero uno de sus términos); son verdaderas porque son necesariamente verdaderas» [16].

En este sentido, los enunciados deónticos serían verdaderos o falsos según se correspondieran o no con su objeto. Del mismo modo que el enunciado *adeóntico* «Juan fuma» es verdadero si se corresponde con su objeto (si Juan fuma) o es falso si no se corresponde con su objeto (si Juan no fuma), el enunciado *deóntico* «Está prohibido fumar» podría considerarse verdadero (válido en tanto que verdadero) si se corresponde con su objeto [si está prohibido fumar, si el status deóntico «Está prohibido fumar» es (sintácticamente) válido en tanto que existe], o podría considerarse falso (inválido en tanto que falso) si no se corresponde con su objeto [si no está prohibido fumar, si el status deóntico «Está prohibido fumar» no es (sintácticamente) válido en tanto que no existe]. De la misma forma que la proposición descriptiva expresada por el enunciado «Juan fuma» no es lo mismo que el hecho de que Juan fume, la proposición prescriptiva expresada por el enunciado «Está prohibido fumar» no es lo mismo que el hecho de la prohibición de fumar [17].

---

las normas) (Giampaolo M. Azzoni, *Validità semantica in deontica,* 1992, pp. 171 ss.; Georges Kalinowski, *Le problème de la vérité en morale et en droit*, 1967).

[16] Amedeo G. Conte, *In margine all'ultimo Kelsen*, 1967, p. 120; *Primi argomenti per una critica del normativismo,* 1968, p. 24.

[17] Amedeo G. Conte, *In margine all'ultimo Kelsen*, 1967, pp. 119-120; *Primi argomenti per una critica del normativismo,* 1968, pp. 23-24. Cf. Juan R. Capella Hernández, *El derecho como lenguaje,* 1968, pp. 88-104; Carlos E. Alchourrón y Eugenio Bulygin, *Verdad deóntica*

3.2.2. Validez como condición de verdad

En una línea similar, en *Aspetti della semantica del linguaggio deontico*, 1977 [18], Conte rechazó la incompatibilidad entre verdad y performatividad utilizando la distinción entre «enunciado» (*«Satz»*, *«sentence»*) y «enunciación» (*«Ausserung», «utterance»*) de un enunciado. Que la enunciación performativa de un enunciado no sea ni verdadera ni falsa, sino válida o inválida, no significa que el enunciado que se enuncia performativamente no pueda ser verdadero ni falso. Al contrario, recalca Conte, un enunciado performativo es verdadero precisamente en tanto que se usa performativamente, en tanto que quien lo enuncia, al enunciarlo performativamente, *hace* lo que *dice:* «la performatividad de la enunciación es condición necesaria y suficiente de verdad del enunciado» [19].

4. De la paradigmática de la validez a la sintagmática de la validez

En el epígrafe 1. me he referido al concepto kelseniano de validez como existencia y a sus efectos sobre la imposibilidad de inferir la validez de una norma individual de la validez de una norma general.

En el epígrafe 2., me he referido a la tesis según la cual caben excepciones a la tesis descrita en 1.; en concreto, en 2., me he referido a la tesis según la

---

y valores, 1983; Dora Sánchez García, *Definición de la norma verdadera,* 1986, pp. 18 ss.; Carlos Alchourrón y Antonio A. Martino, *Lógica sin verdad,* 1988, pp. 18 ss.; sobre el concepto semántico de validez en von Wright: Georg H. von Wright, *Norm and Action,* 1963, pp. 140 y 196; Paolo di Lucia, *Deontica in von Wright,* 1992, pp. 67-74.

[18] Amedeo G. Conte, *Aspetti della semantica del linguaggio deontico,* 1977 (edición alemana: *Aspekte der Semantik der deontischen Sprache*, 1977). Intermedios entre *In margine all'ultimo Kelsen*, 1967, y *Aspetti della semantica del linguaggio deontico,* 1977, son destacables otros dos ensayos sobre el origen del concepto de validez semántica: Amedeo G. Conte, *Ricerca d'un paradosso deontico,* 1974; Amedeo G. Conte, *Experimente mit der Fachsprache der Deontik. Kritisches zur Sprache der Semantik der normativen Sprache,* 1975, (Cf. Carlos Alarcón Cabrera, *Nuevos materiales para una semántica del lenguaje normativo. Lecturas deónticas de una paradoja de Lewis Carroll,* 1994).

[19] Amedeo G. Conte, *Aspetti della semantica del linguaggio deontico,* 1977, pp. 150-151 (Cf. Maria-Elisabeth Conte, *La pragmatica linguistica,* 1983, pp. 98-107; Maria-Elisabeth Conte, *Délocutivité, Performativité, Contreperformativité,* 1984; Andrea Rossetti, *Performativi in Jean-Louis Gardies: verità, verificabilità, vero-funzionalità,* 1994). Como señala Conte, el enunciado «Abdico» de un rey que abdica sin cumplir algún requisito legal no es falso, sino que la enunciación del enunciado es inválida.

El hecho de que la performatividad no sólo no excluya, sino que incluya necesariamente la verdad del enunciado, explica la crítica de Radice a la consideración de las reglas hipotético-constitutivas como enunciados declarativos apofánticos (argumento con el que, precisamente, Kelsen justificó el carácter teórico y no normativo de los silogismos construidos a partir de reglas hipotético-constitutivas): «[...] si el art. 457 del Código civil suizo ["Los herederos son los descendientes del difunto"] es realmente (como Kelsen afirma) un enunciado declarativo apofántico, o sea, susceptible de verdad y de falsedad (*"wahr oder unwahr"*), ¿en qué condiciones se predicaría de él la falsedad (la *"Unwahrheit"*)?» (Stefano A. Radice, *Regole costitutive e sillogismo normativo*, 1992, pp. 425-427).

cual de la validez (deóntica) de una determinada especie de normas generales (las reglas hipotético-constitutivas) sí se infiere la validez (deóntica) de las correspondientes normas individuales (por lo que las correspondientes sentencias judiciales no serían *constitutivas* de validez, sino *declarativas* de validez).

En el epígrafe 3. he procurado profundizar en el concepto de «validez semántica» de los enunciados deónticos (validez no como *existencia*, sino como *verdad*), delimitándolo del concepto de «validez sintáctica» de los status deónticos (validez como *existencia*).

Queda así abierto el camino para responder a la cuestión con la que iniciaba *3.*: ¿En qué sentido es deónticamente válida una norma inferida de otra norma deónticamente válida?

Esta cuestión puede ser reformulada centrándose en el ejemplo de regla hipotético-constitutiva citado por Radice: si es deónticamente válida la norma general «El interdicto tiene el domicilio del tutor», ¿en qué sentido es deónticamente válida la norma individual «Rossi tiene el domicilio del tutor»?

De la validez sintáctica de un status deóntico general no se infiere la validez sintáctica de un status deóntico individual: la validez sintáctica del status deóntico «El interdicto tiene el domicilio del tutor» no es condición suficiente de validez sintáctica del status deóntico «Rossi tiene el domicilio del tutor». Aunque, «en» y «por» un ordenamiento, *exista* (sea válido en tanto que existente) el status deóntico «El interdicto tiene el domicilio del tutor», puede no *existir* (puede no ser válido en tanto que no existente) el status deóntico «Rossi tiene el domicilio del tutor»; condición necesaria de su *existencia* (de su validez como existencia) es un nuevo acto de voluntad que lo produzca [20].

De la validez semántica de un enunciado deóntico general sí se infiere la validez semántica de un enunciado deóntico individual: la validez semántica del enunciado deóntico «El interdicto tiene el domicilio del tutor» sí es condición suficiente de validez semántica del enunciado deóntico «Rossi tiene el domicilio del tutor». Si es *verdad* (si es válido en tanto que verdadero) que, «en» y «por» un ordenamiento, el interdicto tiene el domicilio del tutor, entonces es *verdad* (es válido en tanto que verdadero) que Rossi tiene el domicilio del tutor.

---

[20] De hecho, siguiendo los conceptos kelsenianos de validez como «existencia» y de norma como «sentido de un acto de voluntad», la regla hipotético-constitutiva «El interdicto tiene el domicilio del tutor» podría coexistir en un mismo ordenamiento con la regla hipotético-constitutiva «El interdicto tiene el domicilio del pariente más próximo» si también coexistieran dos actos de voluntad del legislador con los respectivos «sentidos». Una sentencia judicial que «adscribiera» al interdicto el domicilio del tutor sería constitutiva y no meramente declarativa (la constitutividad de la regla hipotético-constitutiva «El interdicto tiene el domicilio del tutor» no excluye la constitutividad de la sentencia judicial «Rossi tiene el domicilio del tutor») (Cf. Stefano Radice, *Regole costitutive e sillogismo normativo,* 1992, pp. 424-427).

Independientemente de su naturaleza, la validez sintáctica de la norma general (del status deóntico general) no es condición suficiente de validez sintáctica de la norma individual (del status deóntico individual), pero la validez semántica de la norma general (del enunciado deóntico general) sí es condición suficiente de validez semántica de la norma individual (del enunciado deóntico individual). Las relaciones condicionales no son distintas, en contra de lo afirmado por Radice, si se trata de reglas hipotético-constitutivas y no de reglas regulativas:

(i) También la validez semántica del enunciado deóntico *regulativo* «Está prohibido a todos los vehículos circular por la izquierda» es condición suficiente de validez semántica del enunciado deóntico «Está prohibido a los vehículos de dos ruedas circular por la izquierda» (porque si es verdad –si es válido en tanto que verdadero–, «en» y «por» un ordenamiento, que está prohibido a todos los vehículos circular por la izquierda, entonces es verdad –es válido en tanto que verdadero– que está prohibido a los vehículos de dos ruedas circular por la izquierda).

(ii) Tampoco la validez sintáctica del status deontico *regulativo* «Está prohibido a todos los vehículos circular por la izquierda» es condición suficiente de validez sintáctica del status deóntico «Está prohibido a los vehículos de dos ruedas circular por la izquierda» (porque aunque exista –aunque sea válido en tanto que existente–, «en» y «por» un ordenamiento, el status deóntico «Está prohibido a todos los vehículos circular por la izquierda», puede no existir –no ser válido en tanto que no existente– el status deóntico «Está prohibido a los vehículos de dos ruedas circular por la izquierda»).

En definitiva, Radice resuelve la cuestión de si es posible derivar la validez deóntica de una norma individual de la validez deóntica de una norma general atendiendo al carácter hipotético-constitutivo o al carácter regulativo de la norma general. En mi opinión, la cuestión habría que plantearla en términos de «relación condicional *asimétrica*» entre los conceptos de «validez sintáctica» y «validez semántica»:

(i) La validez sintáctica de un status deóntico general *no* es condición suficiente de validez sintáctica de los status deónticos individuales; la validez semántica de un enunciado deóntico general *sí* es condición suficiente de validez semántica de los enunciados deónticos individuales.

(ii) La validez sintáctica de un status deóntico *sí* es condición suficiente de validez semántica del enunciado deóntico correspondiente al status deóntico; la validez semántica de un enunciado deóntico *no* es condición suficiente de validez sintáctica del status deóntico al que corresponde el enunciado deóntico (un enunciado deóntico individual puede ser semánticamente válido

sin que el status deóntico individual al que corresponde sea sintácticamente válido).

Ya Conte, en *In margine all'ultimo Kelsen*, 1967, y en *Primi argomenti per una critica del normativismo*, 1968, había apuntado que al reinterpretar el problema de la aplicabilidad de la regla de inferencia a la validez de las «proposiciones prescriptivas», en el sentido de validez como verdad (utilizando la expresión posterior: como validez *semántica* de los enunciados deónticos), y no en el sentido kelseniano de validez como existencia (utilizando la expresión posterior: como validez *sintáctica* de los status deónticos), dicho problema tiene una solución distinta, porque si «una proposición prescriptiva» general es válida en el sentido de verdadero (si un enunciado deóntico general es *semánticamente* válido), entonces cada una de las «proposiciones descriptivas» individuales que implica la «proposición prescriptiva» general son válidas en el sentido de verdaderas (cada uno de los enunciados deónticos individuales son *semánticamente* válidos). Pero si nos atenemos al concepto de validez como existencia (al concepto de validez *sintáctica* de los status deónticos), la validez de la «proposición prescriptiva» general no implica la validez de la «proposición prescriptiva» individual (la validez *sintáctica* del status deóntico general no implica la validez *sintáctica* del status deóntico individual); es necesario que tal validez sea «puesta» por un acto de voluntad normativo. «La razón de ello no es una determinada *propiedad* de las dos proposiciones prescriptivas (su prescriptividad), sino la *relación* [dinámica] que existe entre las dos proposiciones prescriptivas» [21].

[21] Amedeo G. CONTE, *In margine all'ultimo Kelsen*, 1967, pp. 207-208; *Primi argomenti per una critica del normativismo*, 1968, pp. 38-39.

Antonio Manuel Peña Freire

«REGLAS DE COMPETENCIA Y EXISTENCIA DE LAS NORMAS JURÍDICAS»

DOXA 22 (1999)

REGLAS DE COMPETENCIA Y EXISTENCIA DE LAS NORMAS JURÍDICAS

Antonio Manuel Peña Freire
Universidad de Granada

1. Objetivo y planteamiento

El objetivo de este artículo es analizar algunos de los factores que condicionan la existencia de las normas jurídicas, en concreto intentaré indagar en qué medida la actuación de los órganos productores de normas en la forma prevista por las denominadas normas de competencia afecta a los juicios referidos a la existencia o a la validez de las normas.

Si de analizar las condiciones de existencia o validez de las normas jurídicas se trata, el primer problema que encontramos es que ni para la validez, ni para la existencia, ni tampoco para las normas de competencia, el tercer concepto en juego, existe un soporte significativo estable que permita entrar directamente *en materia* sin antes haber aclarado mínimamente cuál es el significado o el alcance de cada una de estas expresiones. De ahí que antes sean necesarias algunas precisiones terminológicas.

Por «validez» entenderé aquella propiedad de las normas que son conformes con todas las normas que regulan su producción (GUASTINI 1995a:130-131). Quedan, por tanto, fuera del discurso, nociones próximas como la de *pertenencia* [1] o la de *obligatoriedad* [2]. En cuando al término

[1] La validez como legalidad de una norma implica su pertenencia a un ordenamiento, pero validez y pertenencia no son propiedades coextensivas, pues a los ordenamientos jurídicos pertenecen otras normas además de aquéllas que han sido producidas legalmente. Tal sería el caso de las normas supremas u originarias que pertenecen al sistema por definición (VON WRIGHT 1963:202-203, ALCHOURRÓN y BULYGIN 1979:69 y 1991:78 y GUASTINI 1995b:257), y también el caso de las normas últimas o no recurribles, como por ejemplo, leyes cuya constitucionalidad no puede revisarse, sentencias dictadas en última instancia, etcétera (KELSEN 1960:275-279, NINO 1978: 364-365 ó RUIZ MANERO 1990:60-95).

[2] En ningún momento, a lo largo de este trabajo, emplearé el término validez en sentido normativo, es decir, referido a la denominada *validez normativa* u *obligatoriedad* de las normas jurídicas (NINO 1980:134). La afirmación de que una norma es válida irá en todo momento referida a su inserción o pertenencia a un ordenamiento jurídico, sin que esta afirmación conlleve ningún tipo de justificación de la conducta prescrita o implique invitación alguna a la obediencia de la norma por el mero hecho de serlo porque, como señala CARACCIOLO

«existencia» [3] también frecuente encontrarlo vinculado a referentes significativos, si bien me detendré en apenas dos de ellos: entenderé que una norma existe desde un *punto de vista meramente fáctico* cuando ciertos actos, hechos o documentos son considerados como normas jurídicas por los miembros de un grupo social, ya se trate de particulares o autoridades. La existencia fáctica es una situación existencial constatable, una forma de existencia del derecho o de las normas equivalente a su *estar* en un contexto social determinado (ROBLES 1993:72-73). Esta forma de existencia no sólo da cuenta de la naturaleza social del derecho, sino también de que los procedimientos de identificación del derecho y de las normas no son ajenos a las creencias y actitudes de los miembros de un grupo respecto de lo que el derecho es, pues, como acertadamente señalan MORESO y NAVARRO (1993:109-110), son normas jurídicas vigentes aquéllas que un grupo de sujetos de una sociedad *cree* que son normas jurídicas y reconocen que tienen que ser tenidas en cuenta por funcionarios y particulares.

En segundo lugar, me referiré a la *existencia formal* de las normas o actos jurídicos, que, de momento, quedará definida como aquélla que se da cuando las normas existen, no como hechos sociales, sino como entidades jurídicas de una determinada clase o, como indica GUASTINI (1995a:131), cuando aparecen como elementos integrados en un ordenamiento jurídico por un poder, a primera vista, competente para crear ese tipo de normas. No se trataría ahora de constatar un hecho social, es decir, de afirmar que los individuos creen o confían en la existencia de una norma como ocurre en el caso de la existencia fáctica, sino de probar la existencia de una norma o de un acto jurídico de una determinada clase *desde el punto de vista del derecho*, es decir, en función de factores y criterios de carácter formal o jurídico y no meramente de consideraciones sociales [4].

(1988:22-23), una cosa sería entonces afirmar que «la acción p es obligatoria conforme la norma N» y otra muy distinta es sostener que «existe el deber de hacer p».

[3] Es usual referirse a la existencia de las normas mediante el término «vigencia» (ALCHOURRÓN y BULYGIN 1996:121 y ss., DELGADO PINTO 1990:101 y ss., entre otros). Sin embargo, creo que «existencia» expresa mejor que «vigencia» la redundancia que supone afirmar que *algo que es, existe como tal*, al contrario de «vigencia», que habitualmente adjetiva a los términos «norma» o «derecho» con la pretensión de señalar alguna propiedad específica de estas realidades, como su eficacia (NINO 1980:139, LÓPEZ CALERA 1997:88) o la entrada en vigor de una norma. Por este motivo, el uso del término «vigencia» para aludir a la existencia de las normas, puede resultar equívoco. En todo caso, en lo sucesivo consideraré a ambos términos como sinónimos aunque, salvados los casos de citas, me decantaré por el uso de «existencia» en lugar del más ambiguo «vigencia».

[4] La existencia de una norma –como ocurría con la validez–, también quedará disociada de las nociones de obligatoriedad o fuerza vinculante de las normas. Ni la existencia fáctica ni la denominada existencia formal de una norma suponen en ningún momento postular su obligatoriedad, ni prejuzgar su legalidad o su pertenencia a un sistema jurídico, propiedades estas

2. Acerca de las normas de competencia

Las precisiones previas para la noción de norma de competencia requieren un detenimiento un tanto mayor por ser éste uno de los temas más polémicos y debatidos en la actual teoría del derecho. Han pasado casi cuarenta años desde que HART, en su obra *El concepto de derecho* (1961), calificara al imperativismo como una teoría simplificadora y reduccionista de la realidad jurídica y elevara a las normas secundarias o de competencia a la categoría de concepto básico de la teoría del derecho; sin embargo, pese al tiempo transcurrido, no parece que el uso del término por parte de los juristas sea pacífico en el sentido de que obedezca a unos referentes mínimos, no problemáticos o estables. Sorprende, por ejemplo, la diversidad de denominaciones concurrentes –sea el caso de normas secundarias, reglas que confieren poderes, reglas constitutivas o normas sobre la producción jurídica– así como la distinta extensión significativa de cada una de ellas.

Expondré brevemente algunas de las propuestas más conocidas sobre el tema que, en líneas generales, vienen a agruparse en dos –quizás tres– teorías o concepciones acerca de las normas de competencia: (1) las teorías que las asimilan o reducen a reglas regulativas, deónticas o normas de conducta y (2) las que las asimilan a reglas conceptuales o disposiciones cualificatorias [5]. Veamos cada uno de ellas separadamente.

Entre el primer grupo –las teorías que reducen las normas de competencia a normas de conducta o normas deónticas–, podemos distinguir, a su vez, dos tipos de concepciones: (1a) la primera de ellas asimila a las normas de competencia a reglas que imponen el deber de obedecer las normas que sean producidas en ejercicio de la competencia conferida, es decir, que la norma «El órgano O es competente para regular la materia M» significaría «Es obligatorio obedecer las normas dictadas por O sobre la materia M» (HERNÁNDEZ MARÍN 1996:122). Por su parte, la segunda teoría reduccionista (1b) nos dice que una norma de competencia es una norma que permite crear nuevas normas jurídicas, es decir, que las normas de competencia son normas permisivas. Conforme a esta teoría, la norma o el enunciado «O es competente para regular la materia M» significaría «Se permite a O dictar normas sobre M».

---

que precisamente por ser predicables de normas jurídicas, presuponen su existencia en alguno de los dos sentidos referidos.

[5] Algunas exposiciones sobre las distintas concepciones y los correspondientes análisis en HERNÁNDEZ MARÍN 1996:121-130 y 1998:307-335; CALSAMIGLIA 1994:751-757; GONZÁLEZ LAGIER 1995:377-385 ó ATIENZA y RUIZ MANERO 1996:45-90. Otra interesante fuente es el volumen de *Analisi e Diritto* editado por GUASTINI y COMANDUCCI correspondiente al año 1995.

No voy a detenerme en las críticas que se han formulado a estas dos teorías que, a mi juicio, resultan definitivas[6]. Sí me extenderé un poco más en la exposición de las concepciones conceptuales o cualificatorias (2), fundamentalmente porque, pese a que algunas de sus formulaciones son ya *auténticos clásicos* de la teoría del derecho, aún es frecuente experimentar ciertas prevenciones o resistencias ante ellas, sin duda como efecto residual de la pervivencia de muchas de las fórmulas y estructuras conceptuales del prescriptivismo en el pensamiento de los juristas y los teóricos del derecho. La teoría conceptual o cualificatoria niega que las normas de competencia puedan reducirse a normas de conducta y que el derecho sea un conjunto formado por un único tipo de reglas; simultáneamente, y según sus diversas formulaciones, considera a las normas de competencia como reglas constitutivas, definiciones, reglas conceptuales o disposiciones cualificatorias.

Desde mi punto de vista, una correcta comprensión de la teoría conceptual o cualificatoria exige diferenciar nítidamente entre reglas regulativas y constitutivas y en especial, comprender el sentido y funciones de estas últimas. Para este cometido, un referente indispensable se encuentra en la teoría de los actos de habla de SEARLE (1969) para quien son *reglas regulativas* las que se refieren a formas de conducta existentes independiente o antecedentemente a las propias reglas y, de otro lado, son *reglas constitutivas* aquellas que crean o definen nuevas conductas, que constituyen una actividad cuya existencia es lógicamente dependiente de las reglas (p. 43). Las reglas constitutivas, por tanto, crearían *nuevas formas de conducta*, es decir, que darían lugar a la existencia de *hechos institucionales* (p. 58-59) que no existen al margen de las reglas y que, a diferencia de los hechos brutos, presuponen la existencia de instituciones humanas formadas por entramados de reglas constitutivas. ROSS nos ofrece otra de las concepciones *clásicas* referidas a las normas de competencia desde el punto de vista de la teoría conceptual o cualificatoria[7]. Afirma ROSS (1968:59) que reglas regulativas son aquellas que prescriben conductas independientes de las propias reglas, mientras que las reglas constitutivas *definen* ciertos tipos de conductas que son dependientes de esas reglas, es decir, que no se trata de actos naturales, que existan al margen o con independencia de las reglas que a ellos se re-

[6] Las expresivas críticas vertidas por HART en *El concepto de derecho* son el ejemplo más conocido. Diversos análisis, más sintéticos, de los argumentos que cuestionan la teoría de las norma de competencia como normas de conducta pueden encontrarse en STRÖMBERG 1983, HERNÁNDEZ MARÍN 1996:123-126 y 1998:309-310 ó ATIENZA y RUIZ MANERO 1996:47-54.

[7] Es así al menos en su *Directives and norms*, porque en su otra gran obra, *El derecho y la justicia* (1958), ROSS había definido a las normas de competencia como normas de conducta, es decir, directivas dirigidas a los jueces, indirectamente formuladas (pp. 33 y 50-51).

fieren, sino de actos cuyo ser está constituido por las reglas constitutivas a ellos referidas.

Un modelo estructural más completo –y también *más complejo*– es el de A. G. CONTE para quien las reglas constitutivas son el *prius* de aquello a lo que se refieren en el sentido de que son condición de pensabilidad y de posibilidad de las realidades o entidades referidas en las reglas (CONTE 1983:23). En el caso de las reglas constitutivas se da una curiosa inversión de las relaciones *entre lo regulado y la regla*, pues la regla es el *prius* cronológico de lo regulado ya que no alude a actividades, actos o situaciones que preexistan cronológicamente a la regla o que ontológicamente existan al margen de ella [8]. Desde este último punto de vista –el ontológico–, las reglas son el *prius* de lo regulado porque las acciones, situaciones, entidades o actos son las reglas mismas y no nada distinto a ellas. También por este motivo, la actuación de un modo distinto al contemplado por una regla de esta naturaleza tendrá por resultado algo distinto de lo constituido por la regla, es decir, una actividad ajena a la conducta referida por la regla [9].

CONTE distingue tres tipos de reglas constitutivas, en función de que actúen como condición necesaria, como condición suficiente o como condición necesaria y suficiente de aquello a lo que se refieren: a las reglas que con condición necesaria de aquello a lo que se refieren las denomina CONTE reglas eidético-constitutivas; a las que son condición suficiente, reglas thético-constitutivas y a las que son condición necesaria y suficiente, reglas

[8] Un elemento de crucial importancia para el análisis de las reglas constitutivas es la distinción entre *type* o tipo y *token* o réplica de un *type*. Por ejemplo, el alfil del juego del ajedrez –que es un *type*– es algo distinto de las singulares fichas con las que jugamos al ajedrez que son réplicas o *tokens* del *type* alfil del ajedrez. El *type* alfil vendría a ser una entidad ideal o institucional, carente de ubicación espacial pues un *type* no es un objeto ni ocupa un espacio físico, sino que es un lugar deóntico (CONTE 1966:36 a 40) y estaría formado por el entramado de reglas que lo constituyen. Un *type* se define mediante la enumeración de sus reglas constitutivas: el alfil como *type* sería entonces la ficha del juego del ajedrez que mueve en cualquier dirección pero siempre en diagonal una o más casillas, etcétera. El *type* alfil es diferente de cada uno de sus *tokens* o réplicas: si juego al ajedrez con un amigo pero, por haber perdido una de las fichas del juego, empleo un moneda o cualquier otro objeto y lo muevo en la forma descrita por las reglas del ajedrez para el alfil, esta ficha será una réplica o *token* del *type* alfil del ajedrez, con independencia de que en términos brutos sea una moneda o un garbanzo. Al respecto de esta importante distinción puede verse además ALARCÓN CABRERA 1991:276-278 ó JORI 1986:459-461.

[9] Del mismo modo que el juego del ajedrez no es nada distinto del conjunto de sus reglas, si dos jugadores ante un tablero rectangular formado por 64 cuadros blancos y negros mueven unas fichas alternando sus movimientos en función del resultado obtenido tras tirar unos datos, están jugando a algo distinto del juego de ajedrez, pero carece de sentido afirmar que, al tirar los dados están *incumpliendo* las reglas del ajedrez. Por el mismo motivo por el que las reglas constitutivas no pueden ser incumplidas, tampoco son susceptibles de ser calificadas como eficaces o ineficaces ni, en general, según cualquier otra propiedad específica de las prescripciones.

noético-constitutivas. Las reglas thético-constitutivas parecen apuntar no tanto al problema de la constitutividad de las normas como el de la performatividad [10], por lo que sólo impropiamente pueden ser llamadas constitutivas (CONTE 1983:25). En cuanto a las reglas eidético-constitutivas y las reglas noético–constitutivas son realidades muy próximas [11] pues en ambos casos se expresan las condiciones necesarias para la existencia de un acto. Por estos motivos, dejaré de lado el problema de las reglas thético-constitutivas y me referiré a las reglas eidético-constitutivas y reglas noético-constitutivas como *reglas constitutivas* a secas [12].

Junto a las reglas constitutivas que son condición de aquello a lo que se refieren, existen otro tipo de reglas son *condicionantes* en el sentido de que *ponen* una condición a aquello a lo que se refieren; a este tipo de reglas se las denomina reglas hipotético-constitutivas (AZZONI 1986:161-162). De entre la variada tipología de reglas hipotético-constitutivas [13], nos interesan básicamente las reglas que *ponen* una condición necesaria para que un acto o circunstancia posea un determinado valor, llamadas *reglas anankástico-constitutivas*. La diferencia básica entre reglas constitutivas y reglas anankástico–constitutivas es que las primeras *son* condiciones necesarias de las actividades sobre las que versan mientras que las reglas anankástico-constitutivas *ponen* condiciones necesarias para que un acto o circunstancia posea un determinado valor, es decir, que presuponen la entidad o acto sobre el que versan y señalan ciertas condiciones necesarias para que tal entidad o acto tenga un concreto valor. Si tomamos como ejemplo de lo constituido por las reglas a otras reglas y como valor designado el de la validez, diremos que las reglas anankástico-constitutivas *ponen* –que no son– condiciones *a* aquello a lo que se refieren y que tales condiciones no afectan direc-

[10] Al respecto de este tipo de normas *vid.* CARCATERRA 1979, POLLASTRO 1983:236-239 GUASTINI 1983:548 y ss. ó JORI 1986:454-459.

[11] Para CONTE (1983:25) una regla sólo puede ser eidético–constitutiva por metonimia en la medida en que sólo en el contexto de un sistema de reglas y junto a las demás reglas constitutivas es realmente condición necesaria de aquello a lo que se refiere. En este sentido la constitutividad, entendida como la dependencia entre el sentido o significado de una actividad y las reglas que la constituyen, depende del sistema y no de una singular regla. Sin embargo, como advierte ALARCÓN CABRERA (1991:279-280), es posible pensar en reglas constitutivas singulares –como por ejemplo la de que «prometer es asumir una obligación»– con lo que ni debe de identificarse la constitutividad de la regla con la del sistema de reglas en que se inserta ni tampoco deja de tener sentido hablar distinguir entre reglas eidético–constitutivas y reglas noético-constitutivas.

[12] Lo haré así para simplificar el discurso, aunque es importante tener en cuenta que cuando una regla exprese una condición necesaria de aquello a lo que se refiere se tratará con propiedad de una regla eidético–constitutiva y cuando se trate de una condición necesaria y suficiente estaremos en presencia de una regla noético-constitutiva.

[13] Un interesante estudio en AZZONI, 1986.

tamente a aquello a lo que se refieren las reglas sino a su validez (JORI 1986:459).

La teoría de la constitutividad y las distintas concepciones acerca de las normas de competencia tienen una enorme importancia sobre el tema que nos ocupa. A juicio de BULYGIN (1991:496), la distinción entre reglas regulativas y reglas constitutivas suministra una interesante herramienta conceptual para explicar el oscuro concepto de poder jurídico, dada la deficiente explicación que ofrecen las teorías que intentan dar cuenta del mismo en términos deónticos o prescriptivos. Las normas que establecen la competencia del legislador definen el concepto de legislador y hacen posible la actividad de legislar que no es una actividad existente al margen o con independencia a las reglas que establecen qué tipos de actos son considerados como actos de legislar y quién puede realizar tales actos. Para BULYGIN –y también para este mismo autor junto a ALCHOURRÓN (1991:439 y ss.)–, las normas de competencia son definiciones o reglas conceptuales, es decir, reglas que no prescriben ninguna conducta como obligatoria prohibida o permitida, sino que *definen* [14] el significado de ciertos actos que no existen al margen de las reglas o en condiciones distintas a las expresadas por ellas (BULYGIN 1991:493-495).

Una propuesta similar, que también sirve para ejemplificar esta concepción, es la de HERNÁNDEZ MARÍN quien considera que el derecho está formado por dos tipos de disposiciones –aunque no excluye que existan otras– claramente diferentes: las normas de obligación y las disposiciones cualificatorias (HERNÁNDEZ MARÍN 1984:29). Mientras que las normas de obligación son enunciados directivos, las disposiciones cualificatorias son enunciados que atribuyen una propiedad o incluyen en una determinada clase, a todas las entidades que tengan una determinada propiedad o pertenezcan a una determinada clase (p. 30). Respecto de las llamadas normas

[14] Sobre este punto, un aspecto interesante que resalta BULYGIN (1991:495-496) es el siguiente: las reglas conceptuales crean una *imposibilidad* en el sentido de que si «mayoría de edad» se define como «tener 18 años cumplidos» es imposible ser mayor de edad sin tener dieciocho años cumplidos. De este modo, una regla conceptual dará lugar a proposiciones analíticas cuya verdad depende solamente del significado del término definido, mientras que las proposiciones vinculadas a las normas regulativas han de ser necesariamente sintéticas ya que si no fuera así no podrían cumplir su función de ser guías de comportamientos individuales posibles –y no necesarios– y, por lo tanto, susceptibles de ser cumplidos o incumplidos. Las normas regulativas del tipo «Obligatorio x» –si yo no he entendido mal a BULYGIN en este punto–, no darían lugar a proposiciones analíticas en el sentido de que ninguno de los enunciados asertivos correspondientes al enunciado prescriptivo «Obligatorio X» (HERNÁNDEZ MARÍN 1998:250) ha de ser necesariamente verdadero, puesto que si lo fuera, estaría lógicamente excluida la posibilidad de incumplimiento, del mismo modo que lo está la de la norma «Está prohibido cerrar la ventada» si se da el caso de que la correlativa aserción «la ventada está cerrada» es siempre verdadera.

de competencia son, para este autor, una clase de este último tipo de disposiciones, es decir, que las normas de competencia son disposiciones cualificatorias que sirven para calificar como *correctos* a los enunciados jurídicos que presenten ciertos aspectos o propiedades, entre ellas, los más frecuentes son las referidas a la materia sobre la que verse el enunciado, al sujeto u órgano del que emanó, al cuerpo jurídico Ley, Reglamento, Decreto, etcétera en el que aparece y, por último, el procedimiento que se ha seguido en su creación (HERNÁNDEZ MARÍN 1998:315-319).

3. La relación de la validez/existencia de las normas y el problema de la competencia

A continuación, una vez introducidos los conceptos básicos de este trabajo, intentaré esclarecer algunos de los problemas que se plantean a la hora de considerar como válidas o inválidas o, en su caso, como inexistentes a las normas producidas por un poder o autoridad con capacidad para la creación de nuevas normas. Ni que decir tiene que la óptica a considerar será la de si la actuación del mencionado órgano se produjo o no en el marco delimitado por las normas de competencia que lo condicionaban.

3.1. Algunas propuestas de conexión

a) La propuesta kelseniana

El análisis más célebre de entre todos los que ponen en relación el problema de la validez o la existencia con las cuestiones vinculadas a la competencia de los órganos encargados de producir normas es el de KELSEN quien parte de la asimilación de la *existencia* de las normas a su *validez* –en sentido normativo– y de ésta a la conformidad o *legalidad* de cada norma respecto de otra norma válida anterior. La distinción entre sistemas estáticos y dinámicos completa este cuadro de relaciones: es de sobra conocido que para KELSEN el derecho es un sistema normativo dinámico, es decir, que la validez u obligatoriedad de sus normas no depende de su contenido o de su conformidad con algún referente material de naturaleza externa al propio ordenamiento; antes al contrario, la validez de una norma depende de que el órgano que la dictó hubiera recibido el poder para hacerlo de otra norma válida, que es la que fundamenta la fuerza vinculante o validez de la norma producida. Este proceso se repetía hasta llegar a la primera constitución histórica de un sistema, cuya validez no podía fundamentarse en ninguna norma *positiva* del sistema pues ésta sencillamente no existía, si bien en este caso, se suponía una norma básica, la conocida *Grundnorm*, que fundamentaba la validez de todas las normas del sistema.

b) La propuesta de LUIGI FERRAJOLI

De entre todos los comentarios y las críticas que ha suscitado una teoría tan rica y rigurosa como la de KELSEN, nos quedaremos –por proximidad al tema que nos ocupa– con las de FERRAJOLI quien, en su influyente obra *Derecho y Razón* (1989), considera reductora la asimilación entre validez y vigencia o existencia de las normas jurídicas. Para FERRAJOLI decir que «una norma existe» o que «está vigente» significa que la norma está contenida en un texto normativo no anulado y que puede por consiguiente ser aplicada mediante decisiones válidas respecto a ella (p. 873). Añade que «para que una norma exista es suficiente que satisfaga las condiciones de validez formal, condiciones que hacen referencia a las formas y los procedimientos del *acto normativo*, así como a la competencia del órgano del que emana. Para que sea válida se necesita, por el contrario, que satisfaga también las condiciones de validez sustancial, que se refieren a su contenido, o sea, a su *significado*» (p. 874). Considera además FERRAJOLI que las cuestiones que determinan la vigencia de las normas son empíricas o de hecho y, por lo tanto, susceptibles de ser expresadas mediante juicios técnicos, necesariamente verdaderos o falsos. La vigencia se ve así condicionada por requisitos *de hecho* en ausencia de los cuales el acto normativo no llega ni siquiera a existir, mientras que el juicio de validez se construye a partir de la constatación de que la norma cumple con los requisitos de validez sustancial establecidos por otras normas del ordenamiento y que se refieren a su contenido. Estos segundos requisitos están, en gran medida, están en relación con normas y valores de naturaleza constitucional –como la igualdad, la libertad, los dimanantes de los derechos fundamentales, etcétera– cuya lesión producirá una antinomia entre una norma existente y aquélla que establece una condición de validez que ha resultado incumplida. Por este motivo, entre las consideraciones que conducen a la formulación de un juicio de validez se incluyen valoraciones o consideraciones de naturaleza gradual o aproximativa respecto de lo dispuesto en otras normas, fundamentalmente, de rango constitucional (p. 875).

En una primera aproximación, la propuesta no resulta muy intuitiva, especialmente porque FERRAJOLI no analiza en profundidad qué clase de normas son las normas de competencia y procedimiento y qué alcance tienen esos llamados requisitos formales que condicionan la existencia misma de las normas. Entre las cuestiones que afectan al juicio de validez tal y como lo construye FERRAJOLI y las cuestiones de naturaleza indubitadamente empírica que pudieran llegar a condicionar la existencia de las normas, hay un extenso campo –al menos si tenemos en cuenta el significado que los juristas normalmente atribuyen a estas expresiones– sin que sepa-

mos dónde está el límite entre los asuntos formales que determinan la existencia y los materiales que condicionan la validez [15]; esta imprecisión tampoco logra resolverse con la afirmación de que el cumplimiento de los requisitos formales de validez –competencia y procedimiento– es una cuestión fáctica o de hecho, susceptible de verdad o falsedad, inmediatamente evidente una vez realizadas las correspondientes averiguaciones técnicas [16], pues tampoco sabemos a ciencia cierta en qué consiste esa *inexistencia* que da la pista de lo que sean sus requisitos [17].

c) La propuesta de MANUEL ATIENZA y JUAN RUIZ MANERO

Otra teoría sobre las normas de competencia en la que alcanza una singular importancia el problema de la existencia de las normas, es la que nos ofrecen ATIENZA y RUIZ MANERO [18]. Para estos dos autores las *reglas que confieren poderes* son reglas que establecen que en un determinado estado de cosas si se realiza una acción específica, se producirá un cierto resultado institucional; desde un punto de vista estructural, son reglas anankástico-constitutivas, es decir, reglas que establecen las condiciones suficientes (o necesarias y suficientes) para conseguir un concreto resultado [19] (ATIENZA y RUIZ MANERO 1996:62–63).

En lo que a la conexión con el problema de la existencia se refiere, ATIENZA y RUIZ MANERO (1996:54) sostienen, con buen criterio, que cualquier teoría o concepción de acerca de las normas de competencia debe de servir para explicar porqué ciertos actos o entidades existen como ac-

---

[15] Por ejemplo, pensemos en una norma A dictada por el órgano competente para hacerlo según otra norma B y cuyo contenido no es incompatible con lo dispuesto por normas jerárquicamente superiores del sistema y supongamos que en el procedimiento de elaboración y aprobación de la norma A se produjo alguna *leve* infracción respecto de lo dispuesto por las normas procedimentales correspondientes; ¿afirmaremos que la norma A es inexistente o diremos que ese particular requisito lo es de validez y no de existencia?.

[16] Dilucidar si el órgano que elaboró una norma o del que emanó un determinado acto normativo es o no es el órgano competente de acuerdo a las normas de competencia presentes en un ordenamiento jurídico, no parece que sea una cuestión técnica o meramente fáctica. Pensemos en el conocido *conflicto de competencias* tal y como lo diseña la Constitución española y en el que las Comunidades Autónomas y el Estado se disputan determinadas atribuciones competenciales.

[17] Pueden encontrarse algunos apuntes críticos en un sentido similar a éste en GUASTINI 1993:60-62 y JORI 1993:81-91.

[18] Una exposición completa de la propuesta aparece en el Capítulo II de *Las piezas del derecho*, que incorpora además, como apéndice, una interesante réplica a escritos críticos de CARACCIOLO, MENDONÇA–MORESO Y NAVARRO publicados en el número de *Analisi e Diritto* dirigido por GUASTINI y COMANDUCCI del año 1995.

[19] No me extenderé en la exposición de la propuesta de definición –por cierto de enorme interés– de ATIENZA y RUIZ MANERO, si bien las referencias correspondientes se encuentran en la nota anterior.

tos o entidades jurídicas de una determinada clase, mientras que otros no existen en absoluto como entidades jurídicas o, para ser más precisos, porqué ciertos actos existen como actos normativos de una determinada clase al margen de que ulteriormente resulten anulables. El ejemplo de ATIENZA y RUIZ MANERO (p. 49–50) no puede ser más expresivo: una teoría sobre las normas de competencia debe de explicar porqué la sentencia ilegal de un juez existe como *sentencia* mientras que la «sentencia» elaborada por unos estudiantes de Derecho Penal como solución a un caso práctico que les ha formulado el profesor no lo es en absoluto. Mientras que a nadie en su sano juicio se le ocurriría plantear un recurso contra la «sentencia» dictada en las clases prácticas de Derecho Penal –por mucho que la decisión adoptada no resulte correcta desde el punto de vista de las normas aplicables al caso–, es obvio que frente a la sentencia irregular del juez cabe interponer diversos recursos dirigidos precisamente a poner de manifiesto su ilegalidad; probablemente sea también posible también solicitar su ejecución provisional al margen del resultado del recurso, su aclaración, etcétera. En general, la sentencia *contra legem* del juez tiene o provoca todos o algunos de los efectos característicos de las sentencias según el ordenamiento de que se trate, lo que probaría que es una sentencia y no otra cosa [20].

A juicio de ATIENZA y RUIZ MANERO (1996:50) la teoría que interpretaba las normas de competencia como normas permisivas no sirve para dar cuenta de esta diferencia, pues tanto la sentencia *contra legem* como la «sentencia» de los estudiantes quedan dentro del perímetro de lo no permitido con lo que la diferencia entre ambas entidades quedaría sin explicar. La solución al problema se encuentra en las reglas que confieren poderes, entendidas como reglas anankástico-constitutivas, ya que éstas determinan las condiciones en que ciertos actos tienen un cierto valor institucional o lo que es lo mismo, las condiciones en las que ciertas decisiones van a tener la consideración de sentencias [21]. Del mismo modo que la sentencia *contra legem* de un juez existe como tal puesto que al ordenamiento jurídico en cuestión pertenece una norma que confiere poder a los jueces para dictar sentencias, la «sentencia» de los estudiantes no es realmente sentencia, pues no hay norma alguna que confiera ese poder a los estudiantes de Derecho. Luego las reglas que confieren poderes condicionarían la existencia de las normas

[20] A algunos de los efectos de estas decisiones – auténticos indicadores de la existencia en la teoría de ATIENZA y RUIZ MANERO–, en concreto, a los de impugnabilidad, anulabilidad y obligatoriedad, se refiere CARACCIOLO (1995:207 y ss.), aunque no hay que excluir otros, como los referidos a la posibilidad de ejecución, de desarrollo, de aclaración, etcétera.

[21] Su redacción, de acuerdo a la estructura propuesta por ATIENZA y RUIZ MANERO, vendría a ser la siguiente: «si un juez en el curso de un proceso judicial, adopta una decisión que resuelve la controversia planteada, se produce como resultado institucional una sentencia».

de un ordenamiento actuando como condición suficiente o necesaria y suficiente de su existencia. De este modo, los actos realizados por sujetos u órganos a los que se ha conferido un poder normativo para realizar esa clase de actos, si son realizados en las condiciones predeterminadas por la regla que les confieren poder, existirán como tales al margen de cualesquiera otras consideraciones normativas [22].

Para completar la exposición de esta propuesta hay que aclarar con precisión a qué se refieren ATIENZA y RUIZ MANERO cuando hablan de *existencia* de una ley, de una sentencia, etcétera. De la exposición anterior se deduce con facilidad que estos dos autores no asimilan existencia y validez, entendida ésta como legalidad o conformidad con todas y cada una de las normas sobre la producción jurídica relevantes al caso. Si fuera así, la sentencia *contra legem* del juez del ya célebre ejemplo de *Las piezas del derecho*, no sería sentencia, no existiría como tal, cuando lo cierto es que ATIENZA y RUIZ MANERO afirman con rotundidad que sí que es sentencia al margen de las cuestiones que pudieran condicionar su legalidad y provocar su anulación. El concepto de existencia de ATIENZA y RUIZ MANERO tampoco coincide con el de existencia meramente fáctica, tal y como fue considerado al inicio de este artículo y aunque las referencias al problema de la existencia en el trabajo citado son un tanto dispersas, no dejan lugar a dudas de que la forma de existir las normas a la que se refieren va más allá de simples creencias o consideraciones sociales. Dicen ATIENZA y RUIZ MANERO (1996:51) que las reglas que confieren poderes establecen las condiciones necesarias y suficientes para poder hablar de un acto normativo *desde el punto de vista del derecho*, es decir, las condiciones en las que el propio derecho reconoce a estas normas como derecho, de modo tal que puede desplegar los efectos jurídicos que le corresponden, es decir, los efectos que el derecho correlaciona, en cada caso, con la realización de un acto normativo determinado (p. 79). En segundo lugar, hay que tener en cuenta que la existencia de las normas depende de que se den las condiciones expresadas en la norma de competencia, además de la realización de la acción y la verificación del estado de cosas mencionados en el antecedente de la regla que confiere poder (p. 90). En suma, la existencia condicionada por las reglas que confieren poderes que interesa a ATIENZA y RUIZ MANERO no es la existencia fáctica de la norma sino una existencia formal o normativa, cuya verificación en una norma depende necesariamente de la conformidad con ciertos requisitos predeterminados por normas

[22] *A contrario* consideran ATIENZA y RUIZ MANERO (1996:83, nota 4) que sólo forman parte de la regla anankástico-constitutiva aquéllos elementos o requisitos que condicionan la existencia de la norma: lo demás serían reglas regulativas, es decir, que no forman parte de la regla que confiere poder ni de los deberes anankásticos que a partir de ella se generan.

y no de las creencias o de las actitudes de aceptación o reconocimiento social.

Volvamos ahora a la afirmación inicial de ATIENZA y RUIZ MANERO referida a la relación entre reglas que confieren poderes y existencia y según la que cualquier teoría acerca de las reglas que confieren poderes debe de dar cuenta de la diferencia existente entre lo que no es sentencia –o ley o testamento– *desde el punto de vista del derecho*, y lo que sí lo es, con independencia de que tales sentencias, leyes, actos, etcétera resulten ulteriormente recurribles, anulables, ejecutables, etcétera. En este punto, la resistencia de ATIENZA y RUIZ MANERO a acoger la tesis conceptual o cualificatoria, es decir, a *construir* las normas de competencia como definiciones o reglas conceptuales [23], les hace incurrir en una cierta contradicción ya que la propuesta final deja de ofrecer las claves suficientes para distinguir entre lo que es norma o acto jurídico o testamento desde el punto de vista del derecho y lo que no lo es cuando éste era uno de sus objetivos básicos. Veámoslo con el ejemplo que los dos autores que comentamos nos ofrecen: el testamento otorgado en presencia de un único testigo es, indudablemente a la luz de la regla citada, un testamento inválido, pero también es incuestionable que es testamento, que existe como acto normativo de una determinada clase, precisamente la clase de los testamentos. La prueba es la misma que sirve a ATIENZA y RUIZ MANERO para demostrar que la sentencia *contra legem* del juez es sentencia: el testamento otorgado ante un único testigo podrá ser recurrido, por ejemplo, por los herederos que se consideren beneficiados por la última voluntad expresada del testador si es que el albacea se niega a ejecutar la última voluntad contenida en el testamento o por los perjudicados si es que se decide llevarlo a efecto; y si puede ser recurrido o ejecutado es precisamente porque es testamento y no otra cosa. Si *existencia* en esta afirmación es algo distinto de validez, es obvio que el ejemplo de norma que ilustra la teoría sobre las reglas que confieren poderes de ATIENZA y RUIZ MANERO –la norma que establece que «para otorgar testamento es precisa la presencia de dos testigos» o la que establece en qué condiciones contraer matrimonio o en qué condiciones hay que actuar para elaborar una ley– no es determinante de la existencia del acto, sino de su validez. Luego, o las reglas que confieren poderes no son el cri-

[23] ATIENZA y RUIZ MANERO (1996:57-58 y 63-65) afirman que mientras que las definiciones *sólo* sirven para identificar normas jurídicas, las normas de competencia –del tipo de «para otorgar válidamente testamento se requiere la presencia de dos testigos»– sirven para algo más: la norma que establece que «para otorgar válidamente testamento se requiere la presencia de dos testigos» sirve precisamente para otorgar testamentos mientras que la norma que define lo que son «fincas rústicas» sólo sirve para dar significado al término «finca rústica» cuando ésta aparezca en algún enunciado jurídico. En un sentido próximo, AGUILÓ 1990:273.

terio que sirve para distinguir lo que existe como acto o entidad normativa de una determinada clase o lo que ATIENZA y RUIZ MANERO consideran que son reglas que confieren poderes no lo son realmente.

3.2. Los distintos tipos de normas sobre la producción jurídica

GUASTINI ha destacado una idea que creo puede servir para aclarar el dilema anterior y para poner un poco de orden en la difícil relación entre las normas de competencia y los problemas de existencia de las normas jurídicas. Señala el autor italiano que bajo las rúbricas de «requisitos de validez formal» o «vicios formales o de incompetencia» se aglutinan una importante variedad de normas, con diversas estructuras y funciones, y que el incumplimiento o disconformidad con los requisitos determinados por cada uno de estos tipos de normas no tiene las mismas consecuencias invalidantes [24]. Se refiere GUASTINI (1995a:136 y ss.) a los siguientes tipos de normas:

a) las normas que confieren poderes normativos o reglas que confieren poderes que son reglas que adscriben a un determinado sujeto poder para la creación de normas, esto es, poder para la creación de una tipo de norma o fuente legal especifica, identificada mediante el correspondiente *nomen iuris*;
b) normas que disciplinan el ejercicio de una competencia normativa o normas de procedimiento que regulan el modo de ejercicio de un poder conferido;
c) normas que circunscriben el objeto de una competencia normativa o reglas que afectan al objeto o fin de un poder conferido, singularizando o determinando qué tipo de asuntos o qué materia puede ser regulada mediante el poder conferido;
d) normas que reservan una competencia normativa o reglas que reservan para una determinada materia o asuntos una específica fuente legal, en el sentido de que ninguna otra fuente es adecuada para regular ese asunto y, además, que mediante la fuente legal afectada no es posible realizar delegación para regular el asunto de que se trate mediante cualquier otra fuente distinta;
e) y, por último, normas o reglas que limitan el contenido de una competencia normativa, esto es, reglas que ordenan o prohiben a un poder normativo dictar normas con un específico contenido.

Llama la atención la referencia a los *tipos específicos de normas o fuentes legales*, y es que no es en absoluto usual, salvo quizás en el caso de órdenes jurídicos muy básicos, que las normas confieran un poder para crear normas sin más, es decir, un poder normativo genérico de disposición om-

[24] Empleo aquí el término «invalidante» en su sentido más amplio.

nímodo o multiforme sobre la comunidad. Más bien ocurre que las normas confieren poder para la creación de alguna fuerte o forma específica de normas jurídicas (GUASTINI 1995a:158) cuyos efectos jurídicos también están previstos y diseñados por el ordenamiento de que se trate. Es evidente que en los sistemas jurídicos modernos existen numerosas clases de normas o de fuentes legales, cada una de ellas con su correspondiente *nomen iuris* o con su denominación propia –leyes, sentencias, decretos, bandos municipales, contratos, acuerdos internacionales, etcétera– y con una peculiar *fuerza* o con unos singulares *efectos normativos* también establecidos por otras normas del sistema que se refieren a cada una de las concretas fuentes del derecho existentes. Por este motivo, la pregunta acerca de si las decisiones de un órgano determinado cuentan o existen como normas, tiene sentido sólo si va referida a normas de alguna clase, ya que en los ordenamientos jurídicos actuales no existen *normas jurídicas sin más o de ninguna clase*, sino distintos tipos de normas, cada uno de ellos con su *denominación* y con sus correspondientes efectos. Cuando preguntamos si la decisión de un parlamento existe, es necesario añadir si existe «como ley» o si existe «como sentencia». Si un acto o una decisión cuenta como «ley» o como cualquier otra fuente normativa específica, pasará a formar parte del género de las normas jurídicas, pero es evidente que no hay ningún caso de norma innominada que no sea ni ley, ni sentencia, ni integre ninguna otra especie nominada de normas y, a la vez, exista como norma[25].

3.3. Normas sobre producción jurídica y existencia de las normas

La clasificación anterior, además de resultar extraordinariamente intuitiva, sería realmente útil para ofrecer alguna luz al problema que nos ocupa si pudiéramos precisar cuál o cuáles de las normas anteriores hay que *vulnerar*, con qué intensidad o qué clase de incompatibilidad se tiene que plantear para que el efecto sea la inexistencia de las normas, entendiendo por inexistencia, insisto, el no reconocimiento del acto o de la decisión en cuestión como norma jurídica de una cierta clase *desde el punto de vista del derecho* o, lo que es lo mismo, la no consideración de esa entidad como entidad jurídica de una determinada clase de acuerdo a los *criterios de identificación* operativos en ese ordenamiento respecto de sus propios elementos.

En una primera aproximación, si pretendemos mantener la equivalencia entre, de un lado, cuestiones formales –competencia y procedimiento- y existencia y, del otro, cuestiones materiales y validez, parecería acertado decir se está en presencia de un vicio determinante de la inexistencia cuan-

[25] También por este motivo, como veremos inmediatamente, una cuestión tan aparentemente baladí como es *denominación* adquiere una importancia singular.

do se constata una vulneración de las normas comprendidas en las subclases a), b) c) y d), es decir, de las reglas que confieren poderes, de las normas de procedimiento, de las normas de competencia y de las normas de reserva [26]. Por el contrario, el vicio de invalidez que motivaría el correspondiente juicio negativo de invalidez, se produciría cuando se ha vulnerado alguna de las normas referidas en e), es decir, alguna norma sobre el contenido de otras normas o, lo que es lo mismo, de una norma que impone obligaciones o prohibiciones que afectan al contenido de las futuras normas que haya de crear una singular autoridad normativa. Sin embargo, como ya veíamos, esta solución no es en absoluto acertada: es evidente que las condiciones de existencia para serlo realmente no deben de ser desmentidas por nuestra interpretación de las dinámicas del ordenamiento tipo al que va referido el análisis ni por las de los sistemas jurídicos reales que funcionen en condiciones de normalidad y que se ajusten al tipo definido. En este sentido, la misma prueba o test que sirvió para demostrar la existencia de una sentencia *contra legem* dictada por un juez y la inexistencia de la «sentencia» redactada por los alumnos de prácticas de Derecho Penal, vale para demostrar la existencia de numerosísimas normas que se producen con infracción de normas de procedimiento, normas de competencia o normas de reserva. Este tipo de normas están mucho más próximas a la sentencia *contra legem* del juez que al texto de los estudiantes, y puesto que pueden ser recurridas, anuladas, e incluso pueden llegar a aplicarse o a ejecutarse, es incuestionable que existen como normas.

Al margen de conclusiones *negativas* como la anterior, también podemos formular otras que resultan más *constructivas*. Por ejemplo, está claro que la conformidad con todas y cada una de las normas sobre la producción jurídica determina la validez en el sentido de legalidad o corrección plena de las normas; luego la conformidad con todas las reglas sobre la producción jurídica es condición necesaria y suficiente de validez. Del otro lado de la relación, diremos que un acto dictado desconociendo todas y cada una de las normas que afectan a la producción de tipo de norma que se pretende producir, es manifiestamente inexistente como tal [27].

Es también evidente que el núcleo del problema de las condiciones de la existencia de las normas jurídicas se sitúa entre esos dos casos extremos, aunque el problema es señalar exactamente en qué punto se pasa de un ámbito al otro, es decir, determinar cuáles son las condiciones suficientes o necesarias de existencia, una tarea mucho más dificultosa que determinar las

[26] En lo sucesivo mantendré estas sencillas denominaciones.

[27] Parece que no es necesario justificar que no es sentencia el acto de un ciudadano cualquiera, cuando tras escuchar alguna noticia en la radio que le provoca un elevado grado de ofuscación dice «Si yo fuera juez, condenaba a ese criminal a pudrirse en la cárcel».

condiciones de la validez absoluta o de la inexistencia indubitada (GUASTINI 1996:377). Procederé entonces por partes, analizando los efectos de las actuaciones al margen de las distintas normas sobre producción jurídica a las que se refería GUASTINI.

En primer lugar, parece correcto afirmar que existe una conexión fuerte entre las reglas que confieren poderes y la existencia de las normas, en el sentido de que la actuación de un poder al margen de la regla que le confiere un poder específico actúa como condición necesaria de existencia de la norma (GUASTINI 1996:377) y, por este mismo motivo, como condición suficiente de inexistencia de la norma producida de otro modo. Por ejemplo, si conforme a un ordenamiento determinado, al parlamento le corresponde dictar leyes y a los jueces sentencias, el hecho de que un juez tome una decisión a la que denomina «sentencia» es condición necesaria de su existencia; por el contrario, si un juez dicta una pretendida «ley», ésta se encontrará aquejada de un vicio de *incompetencia formal, absoluta o subjetiva* (GUASTINI 1995a:146-147) que determinará pura y simplemente su inexistencia como ley, del mismo modo que una decisión de los parlamentarios no existirá en ningún caso como sentencia ya que sólo los jueces tienen poder para producir este tipo de normas [28].

La conexión entre las condiciones de existencia y las normas sobre la producción jurídica, sin embargo, se debilita cuando nos referimos a la *infracción* de las normas de competencia, las normas de reserva o las normas sobre el contenido de otras normas. GUASTINI (1995a:151-153) denomina *vicio por incompetencia material (relativa u objetiva) positiva* al que se produce cuando es contradicha una norma de competencia, es decir, a aquella situación en la que un órgano dicta normas referidas a una materia cuya regulación ha sido reservada a otro órgano distinto. La infracción de una norma de reserva da lugar, por su parte, a un *vicio por incompetencia material (relativa u objetiva) negativa*: sea el caso de la pretensión de regular

[28] Habría que hacer una excepción referida a *normas*, por ejemplo, con contenido imposible o necesario, del tipo de la ley del parlamento que prohibe la salida del sol en las mañanas de los sábados o bien que ordena que al atardecer se ponga el sol o bien a actos normativos carentes de mínimo de seriedad, como pudiera ser la sentencia del juez de lo civil en la que condena a muerte a un sujeto o la del juez que ordena la confiscación de todos los bienes del Estado para asegurar el pago de la indemnización que ha solicitado un ciudadano cuyo vuelo partió con retraso. Decisiones de esta naturaleza pueden reputarse inexistentes, pues generalmente no producirán los efectos típicos del género de fuente al que pertenecen. Luego, sólo para el caso de *actos serios* vale decir que la actuación en el marco de las normas de competencia, reserva o contenido actúan como condiciones de validez y no de existencia. Por el contrario, para actos ridículos o extravagantes, el factor determinante de la inexistencia no sería tanto la actuación al margen de las reglas de competencia, de contenido o de reserva como la seriedad del acto. Acerca de la seriedad como condición de existencia, *vid.* ALCHOURRÓN y BULYGIN 1979:29-31.

una materia por el órgano competente pero con un tipo de norma distinto del que ha sido reservado para regular esa concreta materia o bien el caso de la delegación realizada por el órgano competente a favor de otro órgano distinto para regular la materia en cuestión mediante una norma distinta de la reservada. Por último, la violación de normas de contenido o normas «sustanciales» daría lugar a un *vicio sustancial* o *material* (p. 153-154). En estos tres casos, es decir, en los supuestos de incompetencia material positiva o negativa como en el caso de vicios materiales, el efecto no es la inexistencia de las normas viciadas sino su invalidez. La prueba de esta afirmación es la misma que demostró el carácter de sentencia de la sentencia *contra legem* del juez en el ejemplo de ATIENZA y RUIZ MANERO: contra las decisiones aquejadas de cualquiera de estos vicios cabrá presentar los correspondientes recursos, además esas normas podrán o deberán ser aplicadas o ejecutadas hasta que se proceda a su invalidación, etcétera, es decir que, en general, producen los mismos efectos que si fueran plenamente válidas lo que demuestra su estatus jurídico, su existencia desde el punto de vista del derecho pese a su invalidez [29].

El caso auténticamente límite, sin embargo, es el de las normas procedimentales. Parece ser correcta la afirmación de que una *pequeña* infracción al procedimiento establecido en el proceso de aprobación de una norma o acto normativo de un tipo específico –ley, sentencia, multa, etcétera– no da lugar a su inexistencia como norma del tipo en cuestión. Por último, también se muestra como correcta la afirmación de que una norma aprobada con total y absoluto desprecio al procedimiento establecido para su producción no llega ni siquiera a existir, es decir, no será reconocida ni tomada en consideración como tal norma por otros órganos o agentes jurídicos llamados, por ejemplo, a aplicarla, ejecutarla, revisarla, etcétera. Ahora bien ¿cuáles y cuántas normas de procedimiento hay que infringir para que una decisión llamada «ley» y adoptada por un parlamento aunque de modo irregular no llegue a existir como ley?

Los comentaristas advierten que esta pregunta no tiene fácil respuesta pues no es fácil distinguir las normas que disciplinan el ejercicio de una competencia normativa –esto es, aquéllas que guían la actividad de un órgano y que deben de asimilarse a normas de conducta– y las normas que se asimilan a la definición del tipo de norma o fuente de que se trate (GUASTINI 1995a:149). Sin embargo, hay dos factores a considerar que sí que me

[29] Una cosa es, por lo tanto, afirmar que «el acto X no cuenta como Y» y otra es afirmar que «el acto X que es un Y no es válido»; en el primer caso, es evidente que el acto X no es un Y mientras que en el segundo, es un Y inválido. En el primer caso, estaríamos ante un supuesto de inexistencia (de X como Y), en el segundo ante un supuesto de invalidez de Y.

parecen relevantes y que pudieran servir para detallar el alcance de la pregunta formulada y para encontrar alguna respuesta satisfactoria a la misma.

La primera consideración abunda en la imposibilidad de distinguir con nitidez entre cuestiones procedimentales o *adjetivas* y cuestiones materiales o *sustantivas* y subraya el vínculo existente entre el ejercicio del poder *en un cierto modo* por parte de un órgano y la propia existencia de ese órgano como tal. Un órgano jurídico no es nada al margen *del modo en que unos sujetos se organizan o del modo en que se dispongan* en la medida en que las cuestiones básicas de organización y procedimiento condicionan, no ya el correcto funcionamiento del órgano, llamémosle O, al que se refiere una norma que confiere poder, sino su condición misma de órgano O como tal. La existencia del órgano al que se ha conferido un poder para producir normas es, utilizado la célebre distinción de SEARLE, no un hecho bruto que exista al margen de ciertas reglas sino un hecho institucional. Por este motivo, no hay nada esencial ni natural en el parlamento, en el rey o en un tribunal, que sea distinto del entramado de normas referidas a las condiciones de unos concretos sujetos, sus actos precedentes, su modo de organizarse, de decidir, etcétera. Luego la actuación en el modo reflejado por estas condiciones determina la propia condición de ese órgano como tal, hasta el punto de que no identificaremos como parlamento al grupo de sujetos cuya forma de organización y actuación no se corresponda con esos mínimos básicos.

La segunda consideración de interés está relacionada con las respuestas posibles a la pregunta ¿cuándo una *reunión de los sujetos a, b, c ...n* (hecho bruto) es un caso de un *órgano de una determinada clase* (hecho institucional) como, por ejemplo, un parlamento? A esta pregunta se le puede dar una primera respuesta de naturaleza teórica o conceptual que nos dice que, al ser las reglas constitutivas del órgano O condición de pensabilidad y posibilidad de ese órgano, un grupo de sujetos es un órgano O cuando se muestran o reúnen en el modo expresado por las reglas constitutivas del órgano en cuestión. La segunda respuesta es fáctica o empírica y se construye atendiendo a los factores o circunstancias reales que han llevado a otros sujetos observadores a reconocer –o no reconocer– como caso del órgano O a una reunión concreta de individuos. Ahora bien, ni esta doble respuesta ni la *inestabilidad* de la respuesta empírica alteran la estabilidad o la corrección del análisis conceptual, pues la respuesta dada desde este punto de vista a la pregunta formulada es siempre constante por mucho que varíen el número o el contenido de las normas concretas que *de hecho* condicionan la existencia o el reconocimiento de los *casos* o *tokens* del *type* de la institución.

No obstante, es posible considerar que el reconocimiento de un acto como acto de una determinada clase depende de factores empíricos o fácticos

y que, por este motivo, no resulta del todo obvio que este tipo de datos puedan erigirse como factores teóricos cruciales para una teoría de las normas de competencia (MENDONÇA-MORESO y NAVARRO 1995:222). Sin embargo, creo que esta opinión es matizable puesto que si bien es cierto que el reconocimiento de una decisión de un juez en que declara la guerra a un país extranjero como sentencia o el que una así llamada «sentencia» dictada por un parlamento llegue a producir los efectos jurídicos propios de las sentencias, depende de factores fácticos o empíricos, también es verdad que si conforme a una norma de un sistema, sólo las decisiones de los jueces cuentan como sentencias, desde el punto de vista del sistema, es así y no puede ser de otro modo, al margen de que existan individuos que, puntual o reiteradamente, reconozcan también como sentencias o leyes a las decisiones de un órgano distinto al que tiene conferido el poder de crearlas. Si aquella regla *vale*, vale también la afirmación en función de la cual «sentencia» se define como la decisión de los jueces y, lógicamente, la que señala que, desde el punto de vista de las normas, sólo las decisiones de los jueces son hábiles para producir los efectos jurídicos que el ordenamiento correlaciona con la fuente normativa «sentencia». Que otras decisiones tengan estos mismos efectos o que las genuinas sentencias no lo tengan, es perfectamente posible pero éste es un dato empírico o fáctico, como bien señalan MENDONÇA-MORESO y NAVARRO, que no puede desmentir ni condicionar, añado, ni lo que una sentencia *es* –cuestión ontológica– como hecho institucional de un sistema de reglas ni la connotación del término sentencia –cuestión semántica– según las reglas del derecho [30].

Recapitulemos: determina la existencia de las normas de la clase N la regla que confiere poder al órgano O para crear normas de la clase N, a la que hay que añadir –sería más correcto afirmar que es presupuesto de la primera– las normas de procedimiento que resulten constitutivas del órgano O como tal, pues un órgano cuya actuación no se ajuste a lo expresado en esta reglas no habría de ser reconocido [31] como órgano O y, por consiguiente, sus decisiones tampoco serían consideradas como normas del tipo N. Las demás reglas, esto es, las restantes normas de procedimiento, las normas de

[30] Las condiciones empíricas que pudieran incidir en esos procesos de reconocimiento social son factores determinantes de la existencia fáctica a la que me refería al inicio de este trabajo, es decir, son los datos que explican porqué uno o varios individuos *creen* en la existencia de una norma o *consideran* que ciertas de decisiones son sentencias y otras no. Un problema distinto a éste es el de la existencia formal, pues, como veíamos, ésta va referida a las normas en tanto que entidades de un ordenamiento jurídico que funciona de acuerdo a sus propios parámetros de corrección, al margen por tanto de cualesquiera otras situaciones o circunstancias extrasistemáticas.

[31] «Reconocido», no en función de criterios sociales o empíricos, sino desde el punto de vista de las normas.

competencia, las de reserva y las de contenido, condicionan la validez de las normas creadas por el órgano, pero no su existencia. Este segundo bloque de normas sobre la producción jurídica fijan las condiciones necesarias de validez y, por este mismo motivo, actúan como condiciones suficientes de invalidez de las normas que resulten incompatibles con ellas.

Si este esquema final es correcto, diremos que una norma N existe como tal cuando el órgano que la creó tenía poder para hacerlo o dicho de otro modo, una decisión D –hecho bruto– cuenta como norma de la clase N –hecho institucional– cuando el órgano O que la produjo tenía conferido poder para crear normas de la clase N. Esa misma norma N podrá ser existente –es decir, creada por un órgano O que existe como tal y que tiene conferido poder para producir normas del tipo de N– pero inválida si se encuentra en alguno, en varios o en todos los supuestos siguientes: a) si en el proceso de producción de la norma N se han incumplido alguna o algunas de las normas que regulaban el procedimiento para la creación de normas del tipo N por el órgano O [32]; b) si el contenido de N afecta a materias o asuntos que no son competencia del órgano O; c) si el asunto o materia sobre la que versa N ha de ser regulado por un tipo de norma distinta del tipo al que pertenece N; d) y, por último, si N es una norma cuyo contenido es incompatible con lo dispuesto en otras normas del sistema.

Para terminar, sólo quisiera llamar la atención sobre una cuestión más. Las reglas que confieren poderes contienen dos elementos básicos: el órgano al que se le confiere poder para crear normas o producir actos normativos y el tipo de fuente o acto cuyo poder de producción se confiere. Mientras que la existencia del órgano se decanta a partir de sus reglas constitutivas, el segundo elemento viene expresado mediante el correspondiente *nomen iuris* de la fuente o norma. Esta última consideración es de gran interés, ya que deja entrever la importancia de la denominación en lo que al problema de la existencia de las normas se refiere. Efectivamente, desde el punto de vista del órgano productor de normas, la *denominación correcta*, es decir, la correspondencia entre la denominación de las decisiones del órgano O y el *nomen iuris* referido por la regla que confiere poder al órgano O, actúa como un requisito necesario de existencia de la fuente o norma que pretende producir y, probablemente, junto con el mínimo de seriedad al que se refieren ALCHOURRÓN y BULYGIN (1979:29-31), como condición suficiente de existencia de la norma como norma de la clase designada por la rotulación.

[32] Presuponemos, por tanto, la actuación en el modo dispuesto por las reglas constitutivas del órgano O como tal.

3.4. Una propuesta estructural para el modelo

La distinción anteriormente trazada entre reglas constitutivas y reglas anankástico-constitutivas puede servir para distinguir entre las reglas que confieren poderes y las restantes normas sobre la producción jurídica tal y como acaban de ser presentadas. Las reglas que confieren poderes como normas que confieren poder a un órgano para producir un tipo específico de normas actúan como condiciones de existencia de aquello a lo que se refieren, luego, en este sentido, son las reglas constitutivas de las sentencias, las leyes, etcétera. La regla «la decisiones del parlamento cuentan como leyes» y «se confiere poder al parlamento para la producción de leyes» serían entonces equivalentes y en ambos casos estaríamos en presencia de la regla constitutiva del tipo normativo «ley» pues la regla citada, en cualquiera de sus dos formulaciones, *es* la condición de pensabilidad y posibilidad de aquello a lo que se refiere, en este caso la ley, que ni es posible ni puede ser pensada o concebida en ese sistema como decisión de un órgano distinto del parlamento. La regla que confiere poder a un órgano para producir una clase de norma o de fuente es constitutiva del *type* de esa fuente; junto a él, aparecerán las correspondientes réplicas, los *tokens* del *type*, es decir, cada singular ley producida por el parlamento que será un supuesto o caso real del modelo o tipo ideal de ley en ese ordenamiento en la medida en que se haya realizado en el marco de condiciones expresadas por la regla que confería poder a un órgano y que, como he expuesto, se reducían prácticamente a dar a la decisión o acto normativo la denominación correcta, esto es, el *nomen iuris* del tipo de fuente que designan los términos de la regla que confiere poder al órgano en cuestión.

En cuanto a las restantes normas sobre la producción jurídica, a saber, las normas de procedimiento no constitutivas, las normas de competencia, las de reserva y las que predeterminan el contenido de las futuras normas, son reglas que condicionan si una entidad jurídica de una determinada clase –por ejemplo, una ley o una sentencia– tiene un determinado valor, en concreto, el de la validez, entendida como corrección o conformidad con todas y cada una de las normas sobre la producción jurídica que afectan a la norma en cuestión. Como hemos visto, salvado el caso de actos no serios o extravagantes, la actuación fuera del marco diseñado por cualquiera de estas normas no llega a afectar a la existencia de la norma como tal, sino a su validez motivo por el que hay que pensar que se trata de reglas anankástico-constitutivas que *ponen* condiciones de validez a normas o actos cuya existencia depende ya de sus reglas constitutivas [33].

[33] Un interesante modelo, próximo a éste, es el de ROBLES (1983:119-160 y 1998:34-38) quien, en su terminología más reciente, ha distinguido entre reglas directa e indirectamente dirigidas a la acción. Las reglas indirectamente dirigidas a la acción, también llamadas reglas ón-

Para terminar con este apartado, apenas un comentario referido a las conocidas *normas que predeterminan el contenido –no la competencia o el procedimiento– de las normas futuras* pues considerarlas reglas anakástico-constitutivas puede tener consecuencias teóricas y prácticas singularmente extrañas. Hay que tener en cuenta que una norma no puede ser simultáneamente regulativa y constitutiva (BULYGIN 1991:490-492) y que no es lo mismo *prescribir* una condición que *poner* una condición, pues en el primer caso estaremos ante reglas regulativas y en el segundo ante reglas anankástico-constitutivas (AZZONI 1986:168). En este sentido, es frecuente referirse a las normas que predeterminan el contenido de otras normas como normas regulativas, puesto que limitan el contenido de una competencia normativa *ordenando* o *prohibiendo* a un poder normativo dictar normas con un específico contenido. La presencia en las normas que condicionan directamente el contenido de otras normas o actos de términos inequívoca-

---

ticas, son reglas expresables mediante el verbo *ser* que constituyen los elementos necesarios previos a una acción en su ámbito, es decir, las que crean las condiciones en las que la acción podrá tener lugar y ser regulada. En este sentido, el modelo de regla es cercano al que aquí se presentado bajo la denominación de *regla que confiere poder/regla constitutiva*. Las reglas indirectamente dirigidas a la acción son reglas que presuponen a la acción y se refieren a ella, bien para caracterizarla deónticamente (1998:37), bien para señalar algunos elementos o añadidos necesarios de la acción ya constituida (1983:158). Las primeras son las conocidas normas de conducta o de mandato y a las segundas las denomina ROBLES (1998:36) reglas procedimentales pues para este autor, el procedimiento es el conjunto de actos necesarios de la acción de cualquier órgano jurídico o ciudadano (1983:228). Además, señala ROBLES (p. 154) que como toda regla que determina lo que es necesario para alcanzar un cierto fin, la regla procedimental da lugar a la formulación de reglas técnicas susceptibles de expresarse mediante los verbos *tener que* o *poder que* (1998:36-37). Por su parte, estas últimas reglas resultan muy próximas a las que aquí hemos denominado reglas anakástico-constitutivas: ambos modelos presuponen la existencia de algo a lo que condicionan; en el caso de ROBLES ese *algo* es un ámbito óntico–práctico –sea el caso de los juegos o del derecho mismo– en el que se desarrollarán las correspondientes acciones; este ámbito se constituye tras una *convención*, cuyos elementos necesarios son el campo o ámbito espacial, el temporal, los sujetos o jugadores y sus respectivas competencias (ROBLES 1983:49 y ss.). Una vez constituido ese ámbito, la acción de los sujetos podrá tener lugar y es entonces cuando las reglas procedimentales pondrán condiciones necesarias a las acciones de los sujetos o bien pasarán a exigirlas o a prohibirlas. Es decir, en modelo de ROBLES, las reglas ónticas no van referidas a las acciones de juego o a las acciones jurídicas, sino al ámbito mismo en que éstas van a tener lugar, mientras que en el modelo presentado en este trabajo, las reglas constitutivas se refieren a acciones o hechos singulares del juego o del derecho. Es en este punto, es decir, en el análisis de la constitución de los juegos o de los denominados *ámbitos óntico-prácticos* en general, donde el modelo de ROBLES y su sugerente comparación ente el derecho y los juegos, no me parece muy convincente fundamentalmente por dos motivos: el primero va referido a la teoría de la constitutividad a partir de la que nuestro autor elabora su propuesta. Para ilustrar este punto, tomaré un ejemplo de *Las reglas del derecho y las reglas de los juegos* referido al alfil del ajedrez. Dice ROBLES (1983:155) que la regla que establece que el ajedrez se juega sobre un tablero con 64 cuadros es una regla óntica pues se refiere al ámbito espacial del juego; sin embargo, la regla que establece que el alfil se mueve en diagonal, sería una regla procedimental que presupone el ámbi-

mente prescriptivos o deónticos y su frecuente lectura o interpretación como normas que imponen obligaciones o prohibiciones al legislador, al juez, etcétera, son argumentos que abonan la tesis de que se trata de normas regulativas: la norma del art. 24 CE se dirige al juez y *proscribe* la indefensión del mismo modo que la del art. 14 CE *prohibe* cualquier discriminación por motivos de raza, nacimiento, sexo, etcétera [34]. Desde el otro punto de vista, hay que tener en cuenta –y este factor abona la tesis de la anankasticidad– que la consecuencia por la actuación fuera del marco descrito en estas reglas, es decir, *incumpliendo los deberes prescritos*, normalmente es la *nulidad del acto o norma irregular* y no la imposición de una sanción al órgano infractor y si aceptamos el criterio hartiano que rechaza la reducción de la nulidad a la sanción (HART 1961:42-45), habría que reconocer

---

to en el que la acción *mover el alfil* tiene lugar y la propia acción regulada y que sirve para decir a los jugadores cómo tienen que mover el alfil. Sin embargo, pienso que igual que quien juega sobre un tablero dividido en 56 cuadros, juega a algo distinto del ajedrez, quien juega sobre un tablero de 64 pero sin emplear ninguna ficha que mueva en diagonal una o varias casillas, también lo hace, es decir, que también juega a algo distinto del ajedrez. Desde el punto de vista de la acción y los requisitos necesarios de su existencia, no creo que exista una distinción relevante entre las reglas referidas al tablero, la duración de la partida, los jugadores y sus competencias y el resto de las reglas pues cualquier actuación al margen de cualquier regla determina que se juegue a algo distinto del ajedrez, es decir, que las acciones no sean *de ningún modo* movimientos del juego del ajedrez. Por este mismo motivo, no acierto a concebir ninguna cualificación especial de los factores referidos por ROBLES, en la medida en que es el juego en sí y no el movimiento, lo que se disipa ante toda acción contraria a cualquier regla del ajedrez, vaya referida al tablero o la forma de mover las fichas. Parece más acertado considerar que el ajedrez es un juego formado por un entramado de reglas todas ellas constitutivas y que la actuación al margen de cualquiera de estas reglas da como resultado algo distinto del ajedrez. Hay un segundo apunte crítico que creo de interés y que además matiza el interesante paralelismo entre los juegos y el derecho que traza ROBLES: en el ajedrez, por seguir con el ejemplo, no existen reglas que posibiliten la realización de movimientos –por ejemplo, *comer una ficha*– cuyo *valor* pueda ser luego cuestionado y revisado por un tercero distinto de los jugadores, a quien que le correspondiera decidir si la acción fue efectivamente una *comida* por reunir todos los requisitos necesarios de ese movimiento o si *al movimiento realizado por el jugador* no le corresponde ese valor por no reunir alguno de estos elementos necesarios, motivo por el cual al jugador que perdió la ficha le corresponderá retrotraer el juego al momento de la *comida*, recuperar la ficha, etcétera. En este ajedrez imaginario, es obvio que el movimiento anulado era un movimiento del juego, es decir, que el jugador que movió de aquel modo realmente jugaba al juego, aunque luego quedó establecido que no iba a lograr alguno de sus objetivos pues su jugada no reunía los elementos necesarios para conseguirlo. El movimiento anulado ha de ser considerado parte del juego, del mismo modo que la sentencia del juez que es revisada sigue teniendo la consideración de sentencia, aunque lo sea anulada o casada. Y es este el ámbito donde creo que tiene sentido pensar a las normas de competencia entendidas como normas anankástico-constitutivas, es decir, como normas no constitutivas de las acciones o de las normas en sí ni tampoco del juego o del derecho en su conjunto, sino del valor que le ha de corresponder a unas determinadas jugadas o a unos determinados actos jurídicos que necesariamente reúnan ciertos requisitos.

[34] No obstante, éste no es un factor determinante, pues tampoco la presencia de expresiones de permisión en las normas de competencia *provoca* que éstas sean normas permisivas.

que estamos ante normas secundarias y no ante reglas que imponen deberes. Si esta tesis es cierta, las normas que predeterminan el contenido de otras normas habrían de ser consideradas como reglas anankástico–constitutivas y no como normas regulativas, esto es, como condiciones *necesarias* de validez de otras normas y no como obligaciones o prohibiciones dirigidas a los órganos productores de normas [35].

4. Algunas aplicaciones prácticas del modelo

Junto a los aspectos teóricos de la distinción entre normas constitutivas que determinan la existencia y normas que condicionan la validez, hay otra serie de problemas relacionados con su alcance práctico: son los referidos a los medios de depuración o reacción frente a las normas aquejadas de algún tipo de vicio, sea éste de inexistencia o de invalidez. Personalmente me inclino a pensar que la relevancia práctica de la distinción entre existencia y validez es muy reducida; pero hay quien opina de otro modo: GUASTINI (1994:223), por ejemplo, al tratar algunos aspectos prácticos del tema que nos ocupa, advierte que la distinción entre inexistencia e invalidez tiene una *gran importancia* [36] y GASCÓN (1997:154) ha señalado que la distinción entre invalidez e inexistencia tiene un escaso peso teórico, si bien su interés práctico es mayor, al menos en aquellos sistemas que establecen un modelo para la declaración de invalidez de las leyes que constituya una excepción al sistema común de invalidación previsto para el resto de las normas, es decir, para los sistemas de control de constitucionalidad concentrada. Veamos, para terminar definitivamente, cuáles son estos aspectos prácticos resaltados para, a continuación, aclarar el peso práctico efectivo de cada uno de ellos.

GUASTINI [37] ha distinguido dos regímenes de depuración diferenciados para los posibles vicios que pueden afectar a las normas, al menos a las leyes, pues sus consideraciones se refieren específicamente a este tipo de fuente. Afirma el autor italiano que cuando una ley se encuentre afectada

---

[35] Por ejemplo, en la medida en que la reacción del ordenamiento frente al *incumplimiento* de la norma del art.14 CE o de la norma del art.24 CE, no es la imposición de una sanción personal al juez sino la anulación de su sentencia, la no-discriminación no ha de ser considerada un imperativo dirigido a los órganos judiciales, sino una condición necesaria para la validez de sus decisiones. Confróntese este análisis con el que resulta de considerar normas inequívocamente prescriptivas o regulativas como la que establece que los jueces están obligados a resolver inexcusablemente todos los asuntos de que conozcan del art. 1.7 del Código Civil y la correspondiente sanción de inhabilitación especial para el caso de incumplimiento contemplada en el art.448 del Código Penal.

[36] Parece cambiar de opinión después, ya que en GUASTINI 1995a:147, se señala que es harto difícil que un vicio de inexistencia se produzca en la práctica.

[37] Sobre este punto, puede verse GUASTINI 1994:222-223, 1995a:146-148 y 154-156 ó 1996:376-377.

por un vicio de incompetencia formal o subjetivo –esto es, un vicio de inexistencia que se produce cuando un poder dicta una norma de un tipo específico sin tener conferido el poder para hacerlo–, éste podrá ser apreciado no sólo por el órgano de control de constitucionalidad, sino por cualquier juez. No ocurriría lo mismo en el caso de vicios de incompetencia material o vicios sustanciales ya que, en estos casos, la invalidación de la norma correspondería necesariamente al órgano de control de constitucionalidad. Además, advierte GUASTINI (1995a:154-156) que el vicio formal afecta a la totalidad de la norma o fuente viciada –sea el caso de una Ley, de un Decreto, de una Orden, de un Código, etcétera– y no a algunas de sus disposiciones o a algunas de su normas; por el contrario, los vicios de incompetencia materiales o los vicios sustanciales no afectan a la totalidad de la fuente o a la totalidad de un cuerpo jurídico, sino sólo aquéllas normas que se puedan formular a partir del texto del enunciado normativo y que estén afectadas directamente por el vicio o bien al texto de la disposición como tal si éste no puede ser interpretado de forma tal que exprese normas no contrarias a la constitución o cuando una vez interpretada no pueda expresar normas que afecten a asuntos o materias que caen dentro de la competencia del órgano que las dictó.

La propuesta me parece correcta, pero me sigue pareciendo sustancialmente irrelevante desde el punto de vista práctico a la vista de los supuestos reales que podrían ejemplificarla. Una ley afectada de un vicio de incompetencia formal o subjetivo es, por ejemplo, una «ley», así llamada, dictada por un juez o por un alcalde; decir que otro juez puede inaplicarla directamente sin necesidad de recurrir al tribunal constitucional es absolutamente correcto, aunque lo auténticamente sorprendente hubiera sido postular que el juez está obligado a cuestionar la validez de la *norma* ante el tribunal constitucional, en lugar de darle traslado del *asunto* al fiscal o a quien corresponda para que inhabilite al enajenado juez o alcalde que se creyó *legislador por un día*. Quedarían los supuestos límite que evidentemente son los que en realidad preocupan a GUASTINI: sea el caso de la ley que ha de ser aprobada por las dos cámaras representativas y que sólo es votada en una de ellas o la ley que requiere una mayoría cualificada que no se alcanza en la votación, etcétera. Estos casos son efectivamente difíciles y –en esto estoy del todo de acuerdo con GUASTINI– no hay una respuesta previa y concluyente para ellos. Desde un punto de vista práctico, en casos como estos, lo que procede probablemente es esperar y dar respuesta al supuesto en función del modo en que se desarrollen los acontecimientos: si la ley es recurrida por los trámites y procedimientos que el ordenamiento dispone para la revisión de las leyes, entonces habrá de admitirse que existe como tal, que se cumplieron los requisitos mínimos de existencia y que, por lo tanto, la

configuración de una determinada mayoría o de una aprobación conjunta por dos cámaras son normas procedimentales que no determinan la existencia sino la validez de las leyes, es decir, que no son normas constitutivas sino anankástico-constitutivas. Si el resultado es el contrario, si la cámara díscola es disuelta o si sus miembros son censurados y el texto pasa a la historia como una extravagancia o como una curiosa muestra de la tensión política del momento, si el mentado texto no llega a producir en ningún momento ninguno de los efectos que según el ordenamiento corresponden a las leyes, habrá que concluir afirmando que la actuación se produjo al margen de las reglas constitutivas de las leyes y que la decisión adoptada no existió nunca como tal [38].

En cuanto a la propuesta de GASCÓN, creo que su clara disposición a admitir importantes efectos prácticos a la distinción entre vicios de invalidez y vicios de inexistencia se explica si tenemos en cuenta que, para esta autora, *inexistencia* equivale a *manifiesta e indubitada irregularidad* (GASCÓN 1997:150-151), referente este que según las coordenadas de este trabajo, quedaría del lado de la validez y no del lado de la existencia de las normas o actos jurídicos. Para este tipo de vicios de grosera o manifiesta invalidez es absolutamente correcto –y, desde mi punto de vista, también conveniente– diseñar un mecanismo de depuración expeditivo, abierto, flexible o difuso, en suma, un dispositivo análogo al bosquejado por GASCÓ N (p. 148-150). Sin embargo, es obvio por los motivos que ya he expuesto para la propuesta anterior, que carecería de cualquier relevancia si lo refiriéramos a la inexistencia tal y como aquí se ha considerado [39].

---

[38] Desde un punto de vista teórico, sin embargo, la respuesta es clara: la llamada «ley» será ley si se produjo en las condiciones expresadas por sus reglas constitutivas y no lo será en caso contrario. Si el intérprete del caso descrito considera que la aprobación por las dos cámaras es constitutiva de la existencia –por ejemplo, por ser constitutiva del órgano con poder para producir leyes–, habrá de afirmar que la decisión no existe como ley; mas si considera lo contrario, se verá forzado a sostener que se trata de una norma legal aunque manifiestamente inválida. No obstante, si nuestro intérprete aboga por la inexistencia de la norma y luego, en la realidad de los hechos, el tribunal constitucional admite a trámite el recurso y declara la inconstitucionalidad de la *ley*, entonces de algún modo debería el mencionado observador dar cuenta del estatus que corresponda a la norma debatida, y probablemente la única solución que le quede sea la de reconocer que la condición de aprobación por ambas cámaras no era realmente constitutiva de la existencia sino de la validez de las leyes. Este último inciso vendría a demostrar la vinculación última que existe entre ciertas cuestiones fácticas y la existencia formal de las normas o las entidades jurídicas, aunque desde luego, dar una respuesta puntual a este asunto desborda los límites razonables de este trabajo.

[39] No obstante, no me parece del todo justa la afirmación de GASCÓN en la que se niega interés teórico a la distinción entre existencia y validez. GASCÓN (1997:146-148) rechaza la relevancia teórica de la distinción fundamentalmente porque no es posible discernir con precisión cuando se ha *vulnerado* una regla constitutiva, es decir, una regla determinante de la existencia y, en segundo lugar, porque tampoco es posible precisar cuántas o cuáles reglas consti-

Si mis consideraciones anteriores son acertadas, la distinción *teórica* entre lo que existe como norma jurídica regular o irregular y lo que no existe como norma jurídica resultaría crucial para comprender la variedad y tipología de reglas que forman los sistemas jurídicos y, en particular, las constitutivas de los actos y entidades jurídicas como tales, aunque la relevancia *práctica* de la distinción entre invalidez e inexistencia es efectivamente mínima.

Como ya he dicho, leída en clave de requisitos de existencia, la regla que confiere poder al órgano O para producir normas del tipo N, tiene como efecto práctico el que las decisiones serias de O y rotuladas como «N», existan como normas del tipo N o lo que es lo mismo que las normas serias que apruebe el parlamento y que se denominen «Leyes», existen como leyes y que las decisiones serias de los jueces en cuyo encabezamiento figure el término «Sentencia» existen como sentencias. A partir de este momento, cualquier irregularidad que pueda afectar a la ley o a la sentencia tendrá que ser declarada y, en su caso, depurada, pero en todo caso se trata de una irregularidad en una norma de una específica clase que existe como tal. *A contrario*, lo que el sistema de reglas que confieren poderes de un ordenamiento nos dice es que no existen como normas del tipo N las decisiones de un órgano O si éste no tiene conferido poder para la producción de normas del tipo N –en este caso, por muy serias que sean y por mucho que se denominen «N»–, tanto más en cuanto que necesariamente existirá otro poder que sí que tiene conferido el poder para producir normas tipo N [40].

Desde el punto de vista de la reacción frente a estos actos, habrá que decir que si la decisión de O no existe como N, no tiene ningún sentido diseñar un mecanismo para la corrección de la decisión de O como N, porque

---

tutivas hay que *vulnerar* para o el acto en cuestión sea considerado inexistente en lugar de irregular. Ya he señalado anteriormente que se trata de dos problemas distintos y que cada uno de ellos debe de ser considerado en su propio ámbito: el teórico o el práctico. En este sentido, la imposibilidad para precisar, desde un punto de vista práctico, cuántas o cuáles normas condicionan la existencia y cuántas o cuáles la validez, no afecta a la relevancia teórica de la distinción, del mismo modo que la imposibilidad de determinar cuántas normas forman el derecho civil o si una norma es civil o laboral, tampoco debería llevarnos a considerar teóricamente irrelevante la distinción entre derecho civil y derecho laboral. Tampoco la dificultad para señalar si ante una norma viciada estamos en presencia de una norma inválida o ante una norma inexistente debe de llevarnos a negar relevancia a la distinción entre invalidez e inexistencia, del mismo modo que la dificultad para precisar si un objeto es o no es un objeto de una determinada clase o presenta o no una propiedad, no autoriza a negar la relevancia teórica de la clase o de la propiedad en cuestión. Por ejemplo, la dificultad para afirmar si un individuo actuaba o no con intención o a sabiendas de lo que hacía, no autoriza a rechazar la distinción teórica entre dolo e imprudencia.

[40] No tiene sentido pensar en un tipo de norma o fuente cuyo poder de producción no haya sido conferido a nadie.

la decisión de O no es N [41].Puestos a imaginar, podría tener algún sentido práctico para los supuestos fronterizos o casos difíciles, la existencia de algún mecanismo u órgano que corroborara que si la decisión del órgano O es N o no es N. Ahora bien, si se llega a la conclusión de que la decisión de O es un caso de N y O tiene poder para producir normas del tipo N, cualquier irregularidad que afecte a N condicionará su validez y el asunto habrá de ventilarse por los procedimientos –más o menos expeditivos, esto sí que es relevante– establecidos para la revisión de la validez de las normas del tipo N, es decir, recurso judicial si N es una sentencia, recurso administrativo y contencioso–administrativo si es un acto administrativo, recurso de inconstitucionalidad si es una ley, etcétera. Sin embargo, si este órgano dirimente llegase a la conclusión de que O ha dictado una norma distinta de N, lo único que tendría sentido hacer sería preguntar a los sujetos que forman parte de O porqué se dedican a dictar normas del tipo S cuando no tienen poder conferido para hacerlo y cuando a ellos sólo les corresponde producir normas del tipo N. Claramente de nuevo: si un juez dicta una «ley», si un parlamento dicta una «sentencia» o si un general militar decide dictar una nueva «constitución» o «derogar» la existente, ninguna de estas decisiones existirá –ni son posibles ni se pueden concebir– como ley, como sentencia, como constitución o como derogación de la constitución *desde el punto de vista del sistema que nos sirve de referencia*, y, por este motivo, no tiene ningún sentido pensar en un procedimiento para depurarlas o corregirlas en tanto que leyes, en tanto que sentencias o en tanto que normas constitucionales. Si el general militar, por seguir con este último caso, logra efectivamente *acabar* con la constitución que declaró derogada, nos colocará ante un problema completamente distinto al que se ventila en este artículo, ya que en este caso nos encontraríamos ante un nuevo ordenamiento jurídico cuya norma originaria es la decisión del militar en la que se autoatribuye competencia normativa suprema para producir y derogar constituciones. Ahora bien, desde el punto de vista del anterior sistema, la decisión del general *nunca podrá contar como* constitución porque el militar golpista no tenía conferido poder constituyente y sólo contará como lo que es, a buen seguro, desde el punto de vista del ordenamiento constitucional de referencia: un acto de insubordinación contra el orden establecido, prohibido y fuertemente castigado por sus normas penales.

[41] Sería algo así como pensar en el diseño de un procedimiento en la Ley de Enjuiciamiento Civil que permitiera a los órganos judiciales la desestimación o expeditiva inadmisión de la demanda dirigida a un tribunal por un alumno de Derecho Penal que discrepa de la «sentencia» elaborada por sus compañeros en las clases prácticas o del recurso presentado ante un tribunal por un abogado que se dice representante legal de Poncio Pilatos, contra la «sentencia» absolutoria de Jesucristo leída por un juez que actuaba como pregonero de la Semana Santa.

BIBLIOGRAFÍA

AGUILÓ, J. (1990) «Sobre "Definiciones y normas"» en *Doxa* nº 8, 1990.

ALARCÓN CABRERA, C. (1991) «Sobre el concepto y tipología de las reglas constitutivas» en *Anuario de Filosofía del Derecho*, VIII, 1991 (También en *Normas y paradojas*, Tecnos, Madrid, 1993).

ALCHOURRÓN C.E. y BULYGIN, E. (1979) *Sobre la existencia de las normas jurídicas*, Biblioteca de Ética, Filosofía y Derecho nº 39, Distribuciones Fontamara, México, 1997.

– (1991) *Análisis lógico y Derecho*, CEC, Madrid.

– (1996) «Norma jurídica» en GARZÓN VALDÉS, y LAPORTA 1996.

ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J. (1996) *Las piezas del derecho*, Ariel, Barcelona.

AZZONI, G.M. (1986) «Condizione costitutive» en *RIFD*, LXIII, nº 2, 1986.

BETEGÓN, J., GASCÓN, M., DE PÁRAMO, J.R. y PRIETO, L. (1997) *Lecciones de Teoría del Derecho*, McGraw Hill, Madrid.

BULYGIN, E. (1991) en ALCHOURRÓN y BULYGIN 1991.

CALSAMIGLIA, A. (1994) «Geografía de las normas de competencia» en *DOXA*, nº 15-16, 1994.

CARACCIOLO, R. (1988) *El sistema jurídico. Problemas actuales*, CEC, Madrid.

– (1995) «Due tipi di potere normativo» en GUASTINI y COMANDUCCI 1995.

CARCATERRA, G. (1974) *La forza costitutive delle norme*, Bulzoni, Roma.

CONTE, A. (1966) «Fenomeni di fenomeni» en *RIFD*, nº 63.

– (1983) «Regole costitutive, condizione, antinomia» en SCARPELLI 1983.

DELGADO PINTO, J. (1990) «Sobre la vigencia y la validez de las normas jurídicas» en *Doxa* nº 7, 1990.

FERRAJOLI, L. (1989) *Derecho y Razón*, Trotta, Madrid, 1992.

GARZÓN VALDÉS, E. y LAPORTA, F.J. (1996) *El derecho y la justicia*, Trotta, Madrid.

GASCÓN, M. (1997) «Sentido y alcance de algunas distinciones sobre la invalidez de las leyes» en *Doxa* nº 20, 1997.

GIANFORMAGGIO, L. ed. (1993) *Le ragioni del garantismo*, Giappichelli, Milán.

GONZÁLEZ LAGIER, D. (1995) *Acción y norma en G.H. von Wright*, CEC, Madrid.

GUASTINI, R.(1983) «Teorie delle regole constitutive» en *RIFD*, 1983 (hay traducción al español en el número 25/I de la *Revista de Ciencias Sociales* de la Universidad de Valparaiso, 1984).

– (1993) «I fondamenti teorici e filosofici del garantismo» en GIANFORMAGGIO 1993.

– (1994) «Invalidity» en *Ratio Iuris*, 7, nº 2.

– (1995a) *Il giudice e la legge*, Giappichelli, Milán.

– (1995b) «Normas supremas» en *Doxa*, 17-18, 1995.

– (1996) «Fragments of a Theory of Legal Sources» en *Ratio Iuris*, vol. 9, nº 4, 1996.

GUASTINI, R. y COMANDUCCI, P. (1995) *Analisi e Diritto*, Giappichelli, Milán.

HART, H.L.A. (1961) *El concepto de derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995.

HERNÁNDEZ MARÍN, R. (1996) «Autoridad-competencia» en GARZÓN VALDÉS y LAPORTA 1996.

– (1984) *El derecho como dogma*, Tecnos, Madrid.

– (1998) *Introducción a la Teoría de la norma jurídica*, Marcial Pons, Madrid.

JORI, M. (1986) «In margine all' ultimo Conte» en *Materiali per una Storia de la Cultura Juridica*, vol. XVI, nº 2, Il Mulino, Bolonia.

– (1993) «La cicala e la formica» en GIANFORMAGGIO 1993.

KELSEN, H. (1960) *Teoría Pura del Derecho*, UNAM, México.

LÓPEZ CALERA, N. M. (1997) *Filosofía del Derecho (I)*, Comares, Granada.

MENDONÇA, D., MORESO, J.J. y NAVARRO, P. (1995) «Intorno alle norme di competenza» GUASTINI y COMANDUCCI 1995.

MORESO, J.J. y NAVARRO, P.E. (1993) *Orden jurídico y sistema jurídico*, CEC, Madrid.

NINO, C.S. (1978) «Some Confusions around Kelsen's Concept of Validity» en *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, LXIV/3, 1978.

– (1980) *Introducción al análisis del derecho*, Ariel, Barcelona.

PECZENIK, A., LINDAHL, L. y ROERMUND B. van, (1983) *Theory of Legal Science*, Reidel, Dordrecht.

POLLASTRO, P. (1983) «Fenomenologia delle regole costitutive» en *Materiali per una Storia de la Cultura Giuridica*, XIII, nº 1, 1983.

ROBLES, G. (1983) *Las reglas del derecho y las reglas de los juegos*, Facultad de Derecho de Palma de Mallorca, Palma de Mallorca.

– (1993) *Sociología del derecho*, Civitas, Madrid.
– (1998) *El derecho como texto*, Civitas, Madrid.
ROSS, A. (1958) *Sobre el Derecho y la Justicia*, Eudeba, Buenos Aires, 1963.
– (1968) *Lógica de normas*, Tecnos, Madrid, 1971.
RUIZ MANERO, J. (1990) *Jurisdicción y normas*, CEC, Madrid.
SCARPELLI, U. (1983) *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenza attuale*, Edizoni di Comunitá, Milán.
SEARLE, J. (1969) *Actos de habla*, Cátedra, Madrid, 1994.
STRÖMBERG, T. (1983) «Norms of Competence in Scandinavian Jurisprudence» en PECZENIK, LINDAHL y ROERMUND 1983.
WRIHT, G. H. von (1963) *Norma y acción*, Tecnos, Madrid, 1970.

Pedro Francés Gómez

«DERECHO Y LAS REGLAS DEL MERCADO »

DOXA 22 (1999)

DERECHO Y LAS REGLAS DEL MERCADO *

Pedro Francés Gómez
Universidad Complutense de Madrid

La Economía Política está ampliamente dominada por tendencias liberalizadoras. Sin embargo, nunca la legislación en materia económica ha sido más copiosa. La ley más larga y de discusión más enconada que cada año se debate en los parlamentos de todos los países democráticos es la de Presupuestos; y no sólo porque distribuye el gasto de la gran casa estatal, sino también porque suele incorporar multitud de normas y controles sobre los mercados. La legitimidad de esas limitaciones legales anuales, así como la de normas de carácter más o menos permanente, es motivo de disputa entre los políticos y economistas liberales. Esta nota pretende contribuir a esa disputa, aclarando las implicaciones filosófico-jurídicas de algunas tesis económicas. En concreto, me fijaré en la consideración económica del mercado como juego. Definir el mercado como un juego es una constante de la jerga de los economistas, que ha pasado al habla coloquial; sin embargo, la axiomatización matemática de la llamada *Teoría de Juegos*, nacida y desarrollada precisamente en el ámbito de la Economía, ha provisto a esta expresión de un sentido que contrasta con el que tenía para los economistas clásicos. Me propongo llamar la atención sobre este contraste y sobre su significado y, sobre todo, me propongo avanzar una hipótesis sobre las consecuencias político-legislativas de la visión del mercado incorporada en el modo de análisis de la acción propugnado por la Teoría de Juegos.

Como representante y paradigma de la visión de los economistas liberales clásicos adoptaré la de F. Von Hayek, quien considera el mercado como un «juego *catalláctico*». Luego introduciré algunas ideas de la Teoría de Jue-

* Agradezco especialmente los comentarios y sugerencias del Prof. Gilberto Gutiérrez, que han mejorado la redacción final del texto y ayudado a corregir algunas imprecisiones conceptuales. Parte de la investigación de que este trabajo es fruto fue realizada durante una estancia en la Universidad de Pittsburgh, como becario FPI del MEC.

gos, entre cuyos teóricos comienza a abrirse paso la concepción del mercado como un «juego cooperativo». Veremos que la distinta conceptualización del mercado da lugar a dos visiones del papel de la legislación en relación al mismo. En algunos puntos, estas perspectivas coinciden, en otros, divergen. En conjunto, creo que ese contraste nos enseña a desmitificar la idea de «mercado» y a replantear la función del derecho en algunos ámbitos de la economía.

I

Los mercados son instituciones complejas que conviven, se solapan, se entrecruzan y de mil modos interactúan en una economía. Desde un punto de vista, la economía es más simple que los mercados. Pensemos en una economía familiar: se trata de administrar los ingresos y gastos con el fin de procurar el mayor bienestar posible a la familia. Una vez decididas las prioridades (los fines a alcanzar) y los medios con que se cuenta, se trata sólo de calcular correctamente, tomar las decisiones pertinentes y llevarlas a cabo en cuanto sea posible. Si identificamos economía con complejidad es porque normalmente hablamos de la economía de un país o de un grupo de países, y en esos casos, las operaciones de decisión, cálculo e implementación son complicadas e involucran a millones de personas. Frente a la economía, los mercados *son esencialmente* complejos, en el sentido de que, incluso el mercado más pequeño, en cuanto pone en contacto a agentes con intereses contrapuestos (pero a la vez interesados ambos en el intercambio) supone la presencia de principios y reglas no siempre explícitos, no siempre disponibles para las partes y, en consecuencia, difícilmente manipulables; además, el resultado del intercambio no está, por definición, determinado de antemano, de modo que la inseguridad o el riesgo parecen ser consustanciales al mismo. Se puede decir que participamos en mercados que ni hemos creado, ni controlamos; esto es, somos parte *activa* en instituciones que carecen de una organización aparente, de un fin propio, y de toda previsibilidad.

Parece que nadie participaría voluntariamente en una institución tan arriesgada e incierta. Sin embargo, sabemos por experiencia que eso no es así. El comercio entre los hombres ha adoptado desde antiguo la forma de un intercambio lo más libre y amplio posible, en el que han participado muchas personas –hasta el punto de que la palabra «mercado» designa inicialmente, el sitio público donde *todos* se reúnen, donde se compran, venden e intercambian *todo tipo* de bienes y servicios, donde se regatea sobre los precios, donde se acuerdan negocios.

La práctica universalidad de instituciones de intercambio del tipo del mercado, llevó a Hayek a postular que el mercado constituye, en su sentido

más amplio, un orden espontáneo. Inmediatamente analizaremos el sentido de esta tesis, pero antes hay que insistir en una cautela no explícita arriba: la complejidad de los mercados –que proviene de la multitud de participantes y del modo relativamente libre de interacción que promueven, así como del hecho de que no obedecen normalmente a un diseño previo, sino que van tomando forma al tiempo que funcionan eficazmente– nos impide confiar completamente en un modelo teórico que pretenda explicar (mucho menos predecir) el funcionamiento de los mismos. Hemos de tener en mente que los modelos que emplearemos aquí (incluido el modelo liberal de Hayek) no dejan de ser imperfectas aproximaciones a una realidad que siempre excede los corsés teóricos.

Cuando Hayek propone su teoría del orden espontáneo es muy consciente de nuestra limitada capacidad para idear un modelo teórico que refleje el funcionamiento del mercado. Por eso desconfía de cualquier intento de planificar la economía, si implica intervenir en los mercados. Los mercados son, sin duda alguna, un orden –en el sentido explicado en el primer volumen de *Derecho, Legislación y Libertad*[1]; pero de tal naturaleza que habría sido imposible para una mente humana diseñarlos. Han de ser considerados, por tanto, como desarrollados evolutivamente, a partir de la conjunción de las actividades de muchas personas, ninguna de las cuales pretendió conscientemente «producir» el tipo de orden que finalmente nació de ellas.

Pero orden implica regularidad. De modo que, si bien el orden propio del mercado no nace de la subordinación a normas u objetivos previamente fijados, sí debe estar basado en la sumisión de las partes a reglas generales. Hayek sostiene que estas reglas se desarrollan evolutivamente, y se van fijando (o modificando) en la medida en que se demuestran eficaces (o ineficaces) para garantizar el objetivo que todos los participantes en el mercado persiguen: obtener beneficio a través del intercambio.

Si denominamos «catalláctico» a ese juego de intercambio[2], las reglas que lo hacen posible en primer lugar y, luego, económicamente eficaz, serán las «reglas del juego catalláctico». El inicio de este juego puede explicarse si suponemos que alguna vez hubo dos personas capaces de recono-

---

[1] Cfr. HAYEK, F., *Derecho, Legislación y Libertad*, vol. I *Normas y Orden*, Madrid, Unión Editorial, 1978, p. 64.

[2] Hayek introduce esa denominación en *Derecho, Legislación y Libertad*, vol. III, *El orden político de una sociedad libre* (Madrid, Unión Editorial, 1976), p. 183. Toma el término del griego katallattein que significa intercambiar, pero también tiene la connotación de «admitir en la comunidad», «aceptar como amigo al enemigo». Con «catalaxia» quiere Hayek indicar un orden que no es hijo ni de la naturaleza (*cosmos*) ni del designio humano (*taxis*), sino que viene implicado por el intercambio mutuamente beneficioso entre los participantes en un mercado; y su voluntad consciente de formar un mercado entre ellos, al reconocer sus beneficios.

cer que intercambiando algo que poseían mejorarían la calidad de sus vidas o satisfarían algún deseo; y capaces además de confiar suficientemente en un desconocido. Hayek lo describe así: «La partida la iniciaron quizás hombres que abandonaron el amparo y las obligaciones de su propia tribu para ponerse al servicio de otros a quienes no conocían personalmente. Cuando los primeros mercaderes neolíticos enviaron cargamentos de hachas de pedernal desde Britania a través del Canal para cambiarlos por ámbar y, tal vez –ya entonces– por toneles de vino, su designio no era el de servir a las necesidades de gente conocida, sino el de obtener mayores ganancias» [3]. En ese punto la economía (o sea, el arte de satisfacer las necesidades personales o del grupo) estaba utilizando por primera vez el mecanismo del mercado para lograr mejor sus objetivos. El funcionamiento de tal mecanismo implicaba, sin embargo, la aceptación de reglas generales entre los participantes (como si de jugadores de un juego se tratase). Esas reglas diferían de las que Hayek llama «normas de la moral tribal», para referirse a las costumbres ancestrales de prestarse auxilio mutuo entre los miembros del grupo. Para ser eficaz, el juego del intercambio se basa justamente en la posibilidad de mantener relaciones mediadas por símbolos, normas y cálculos abstractos. Las decisiones de cada jugador dependen de su propósito, de los datos que adquiere y de las reglas del juego; no de quienes participan, o de quién es la contraparte. Tampoco se exige de los participantes que persigan algún fin colectivo concreto (como podían exigir las costumbres de la sociedad tribal), sino sólo su propio beneficio. Ésta es la clave del paso de una sociedad cerrada, no de mercado, a una sociedad abierta, y por ello emplea Hayek el símil del juego: mientras en la primera se exige de los miembros el interés por un resultado particular, en la segunda sólo se exige observar reglas (igual que en el juego del fútbol no se persigue un resultado concreto; ambos equipos intentan ganar, aunque ambos deben respetar las reglas del juego). Las reglas de propiedad y del contrato habrían demostrado hacer la partida más eficaz, y por eso se impusieron y debieron ser admitidas por los participantes o «jugadores».

La observancia de reglas abstractas entre completos desconocidos no es fácil de imponer. Quizá por ello las reglas del mercado se circunscribieron al principio a un grupo particular, los mercaderes; y a lugares especiales, las plazas comerciales tales como puertos, cruces de rutas mercantiles, etc. Ahora bien, en esos lugares y entre los participantes de buena fe en el juego cataláctico, respetar las reglas del juego era esencial. De hecho, un juego *no es otra cosa* que un conjunto de reglas –más el conjunto de partici-

[3] HAYEK, F., *Nuevos estudios en filosofía, política, economía e historia de las ideas*, Buenos Aires, Eudeba, 1981, p. 54.

pantes. Cuando la observancia de las reglas del juego cataláctico se hace suficientemente general, de modo que el paradigma de intercambio competitivo libre se impone en la economía, es posible alcanzar el máximo nivel de distribución de recursos y, por tanto, de productividad. Ello es debido a que la certeza de que todos están sometidos a las reglas del juego permite a cada uno perseguir su interés sin limitaciones lo cual, de acuerdo a los economistas clásicos, conduce a la distribución óptima (y tendente al equilibrio) de factores y productos: el conjunto de bienes que la economía produce en ese estado es tan grande como la tecnología permite, y la selección y cantidad de bienes incluidos responde exactamente a la valoración de los mismos. Y sólo el respeto a las abstractas y generales reglas del juego cataláctico permite conocer, mediante el desarrollo de la partida, las posibilidades de la economía y el valor «natural» de los productos [4]. La tesis de Hayek es que ningún otro medio nos permitiría alcanzar este valiosísimo conocimiento; de ahí su defensa del mercado como institución básica de la economía.

Será del máximo interés determinar la naturaleza de las reglas del juego cataláctico, puesto que ellas, al hacer posible el mercado, son la condición para alcanzar la optimización económica. Si esa optimización es un fin de los agentes económicos (por el aumento de bienestar que puede representar para todos ellos), el conocimiento y mantenimiento de las reglas que la hacen posible lo será igualmente. Dejamos aquí, sin embargo, este tema para retomarlo más abajo, tras considerar cómo reinterpreta la moderna Teoría de Juegos algunas de las intuiciones de la economía clásica.

II

La imaginativa teoría hayekiana del «juego cataláctico» es, de cualquier forma, un ejemplo más del uso teórico (o pseudo-teórico) de una semejanza demasiado evidente como para pasar desapercibida. Es difícil negar que, efectivamente, los mercados son *como* juegos en los que varios (a veces muchos) contendientes «compiten» para «ganar». La abrumadora realidad de la competencia, la espectacularidad ocasional de las ganancias y la fatalidad de los «golpes de mala suerte», capaces de eliminar por completo a uno de los jugadores, se imponen a cualquier observador de la partida; de modo que nadie disputaría que se trata de un juego competitivo. Un juego competitivo es aquél en que el resultado se considera desde el punto de vista de las ganancias individuales (lo que cada jugador consigue en relación a sus objetivos iniciales), por tanto, la estrategia de cada individuo está en función

[4] Empleamos aquí «natural» en el sentido en que lo usa Hayek cuando se refiere a la Teoría del Precio Justo de algunos jesuitas españoles del siglo XVI y XVII. Cfr. p. ej., *Nuevos estudios...*, *cit.*, p. 108.

de ese objetivo exclusivamente. De hecho, cuando, en 1944, los economistas J. Von Neumann y O. Morgenstern inauguraron la moderna Teoría de Juegos [5], sentaron las bases de una perspectiva que trataría de dar razón del comportamiento económico empleando predominantemente el paradigma de los juegos llamados no-cooperativos (o competitivos).

El estudio formal de los juegos no-cooperativos demostró inmediatamente ser muy útil para el análisis de un gran número de situaciones de interacción. En particular, iluminó aspectos de la acción política en las democracias, relaciones internacionales, toma de decisiones públicas, etc.[6] Es curioso, sin embargo, que el mercado, considerado informalmente como un juego, se resistía a ser atrapado por la Teoría. Más bien al contrario, desde un punto de vista matemático-formal, los mercados competitivos –caracterizados por la multiplicidad de bienes y la total transferibiliad de los mismos, así como por un número incontable de agentes– no podían considerarse juegos en absoluto: según la economía clásica el mercado se caracteriza porque cada agente individual se comporta *como si* las condiciones del mercado (oferta, precios, etc.) y las decisiones de los demás agentes, *fuesen fijas*, y este punto de vista es mantenido entre los teóricos de juegos. El agente en el mercado no toma decisiones *estratégicas*, sino «paramétricas» (esto es, toma las condiciones de su entorno como parámetros estables, y decide y actúa sin tener en cuenta que su decisión puede modificar esas condiciones, o influir en las decisiones de otros). Por tanto, paradójicamente, el mercado resulta *no ser* un juego desde el punto de vista de la Teoría de los Juegos. Al menos desde el punto de vista de los juegos no-cooperativos.

Esta última cualificación es importante, porque si bien los mercados no responden exactamente al modelo de un juego competitivo, tal vez sí respondan al modelo de juegos cooperativos (en concreto, se han descrito como «juegos de coaliciones»). Se denominan cooperativos a aquellos juegos en los que la solución (un resultado estable y óptimo para los jugadores) de-

[5] Von NEUMANN, J. y MORGENSTERN, O., *Theory of Games and Economic Behavior*, Princeton, N.J., Princeton University Press, 1944. Esa obra, junto con la de LUCE, R.D. y RAIFFA, H., *Games and Decisions*, Nueva york, Wiley, 1957, son consideradas seminales en el campo de la Teoría de Juegos. Los desarrollos contemporáneos de la teoría son aún deudores de dichos trabajos.

[6] Así, el libro de SCHELLING, Thomas C., *The Strategy of Conflict* (La estrategia del conflicto), Cambridge (Mass.), Cambridge University Press, 1960 (en castellano,Tecnos, 1964) –que es una aplicación del recién desarrollado campo a la situación estratégica internacional provocada por la guerra fría– el de BUCHANAN, J.M. y TULLOCK, G., *The Calculus of Consent* (El cálculo del consenso), Ann Arbor, University of Michigan Press, 1962 (en castellano, Ed. Espasa, 1980) –un análisis lógico de la toma de decisiones en las democracias constitucionales que, mediante el análisis de juegos, enfatiza cómo las pugnas entre intereses contrapuestos condicionan las estrategias políticas– se han convertido en los clásicos de la orientación de la Teoría de Juegos en aquella época.

pende de la *acción conjunta* de algunos o todos los participantes. La axiomatización de modelos para este tipo de juegos era más difícil que la de los juegos competitivos, donde el concepto de «equilibrio» entre estrategias era suficiente para explicar (y predecir) la «solución racional». No obstante, Von Neumann y Morgenstern introdujeron, ya en 1944, la idea de un «juego de coaliciones», juego cooperativo en el que la «solución» se alcanza cuando se forma un conjunto estable de coaliciones: cuando ningún jugador tiene incentivos para abandonar la coalición a la que pertenece (y que le ofrece un determinado pago o beneficio) y formar una coalición alternativa, dando así lugar a un nuevo conjunto. No debemos olvidar, sin embargo, que un juego de coaliciones es aún un juego individual, en el que la estabilidad del conjunto de coaliciones depende de que cada jugador obtenga tanto como lo máximo que podría conseguir individualmente, o formando parte de otra coalición factible. Dicho de otro modo, la solución del juego está representada por aquél conjunto de coaliciones que «distribuye» entre *cada uno* de sus miembros más de lo que podría ofrecerles cualquier otra coalición (y esto incluye la coalición unipersonal formada por el jugador en solitario).

Von Neumann y Morgenstern sugirieron que los mercados podrían interpretarse como juegos de coaliciones. Esa idea tuvo un desarrollo moderado hasta los años sesenta[7]; y sólo cuando el modelo de juegos competitivos comenzó a mostrar sus limitaciones, volvieron algunos economistas y matemáticos los ojos a las ideas de los juegos cooperativos y de coaliciones, a la sazón más desarrollados gracias a la noción de *core* (núcleo o centro). El «núcleo» –como lo denominaremos aquí– es un concepto de solución más apropiado y comprensivo que la idea del «conjunto estable», en la que se inspira. El «núcleo» de un juego cooperativo se define como un conjunto de distribuciones de «pagos» (pago es lo que cada jugador obtiene, medido en términos de utilidad), tal que no hay ningún conjunto alternativo de coaliciones cuya distribución de pagos ofrezca más (o al menos igual) utilidad a cada jugador. Todo conjunto de coaliciones en el núcleo es estable, en el sentido siguiente: dada una estructura de coaliciones en el «núcleo», cada jugador obtiene al menos tanto como podría obtener si fuera miembro de otra coalición *factible* –no serán factibles las coaliciones que exijan «sacrificios» a algunos de sus miembros, respecto del resultado que podrían obtener como miembros de coaliciones alternativas posibles. La noción de «núcleo» refleja la capacidad individual de formar coaliciones

[7] Ese desarrollo culmina en la obra de SHUBIK, M., *Strategy and the Market Structure*, Nueva York, Wiley, 1959.

[8] La noción del «valor de cada jugador» en un juego de coaliciones fue matemáticamente desarrollada por L.S. Shapley. Esta medida, que asigna un número a cada jugador, según su «peso» o «importancia» en la coalición (un número, por tanto, que representa lo que cada ju-

beneficiosas [8]. Cuando, formado un conjunto de coaliciones con su distribución de pagos asociada, ningún grupo de jugadores (o jugador individual) es capaz de mejorar sus pagos «separándose» y formando una coalición independiente, tal conjunto será estable, y de él se dice que está en el «núcleo». Quizá merezca la pena precisar que muchos juegos cooperativos tienen el «núcleo» vacío, esto es, ningún conjunto de coaliciones es estable; siempre hay una coalición capaz de «desgajarse» obteniendo un resultado mejor, lo cual da lugar a que el juego carezca de una solución no arbitraria [9].

Sin entrar en más detalles, diremos simplemente que Shapley y Shubik emplearon la teoría del «núcleo» para representar, al final de los sesenta, los mercados como juegos de coaliciones con pagos transferibles. Llegaron a la conclusión de que todo mercado (o mejor, el juego de coaliciones que lo representa) tiene un núcleo no vacío, y prepararon el terreno para identificar la solución de dicho juego con el equilibrio competitivo en una economía libre de intercambio [10].

En definitiva, la Teoría de Juegos desarrolla un modelo formal del mercado; y habría que resaltar algunas consecuencias de ese éxito. En primer lugar, ver los mercados como juegos conlleva aceptar un número de supuestos, tales como (a) que los participantes son racionales en sentido económico (prefieren más que menos, son coherentes en sus preferencias, no se ocupan de los intereses ajenos y, sobre todo, reconocen la relación de causa-efecto entre la participación en un juego cooperativo y la efectiva maximización de sus preferencias individuales), (b) que son capaces de seguir

---

gador «puede racionalmente reclamar») también puede interpretarse como una solución del juego de coaliciones. Cfr. SHAPLEY, L.S., «A Value for n-Person Games», en TUCKER, A.W. y LUCE, R.D. (eds.) *Contributions to the Theory of Games*, Vol. II, Princeton, Princeton University Press, 1953, pp. 307-317.

[9] Un ejemplo de juego cooperativo de núcleo vacío es el caso de la votación mayoritaria en que las preferencias se distribuyen de tal modo que dan lugar a «mayorías cíclicas». Dado un resultado de la votación, *siempre* hay una mayoría capaz de cambiarlo, y así indefinidamente. La regla de este juego es que sólo una coalición compuesta por una mayoría de jugadores *gana*. Existen varias de estas coaliciones ganadoras, pero ninguna es estable (ninguna está en el núcleo).

[10] Cfr. SHAPLEY, L. S., y SHUBIK, M., «On Market Games», *Journal of Economic Theory*, 1 (1969), pp. 9-25; SHAPLEY, L. S., y SHUBIK, M., «Competitive Outcomes in the Cores of Market Games», *International Journal of Game Theory*, 4, pp. 229-237 (1976). La relación entre el núcleo y la distribución competitiva fue advertida por primera vez en EDGEWORTH, F.Y., *Mathematical Psychics*, Londres, Kegan Paul, 1881, pp. 35-39. En esencia, la intuición de Edgeworth (posteriormente desarrollada) consistió en suponer que en un juego de coaliciones que represente un mercado; si el número de jugadores y el número de bienes (pagos) se multiplica, y los pagos son totalmente transferibles, tal como exigen las condiciones de la competencia perfecta, entonces el «núcleo» tiende a converger en un sólo punto, que incluye como única coalición estable la compuesta por la totalidad de jugadores: esa coalición debe maximizar los pagos para *todos* los que intervienen en el juego.

reglas (no olvidemos que, en tanto juegos, los mercados se conciben como un conjunto de reglas) y, como consecuencia de lo anterior, (c) que cumplen los pactos y contratos racionales en los que se comprometen, es decir, que son suficientemente fiables. En segundo lugar, el hecho de que el modelo matemático más adecuado para representar el mercado sea el de los juegos cooperativos refleja el carácter de los mercados que, bien funcionan como una competición, producen un beneficio mutuo [11]. En tercer lugar, la solución de un juego de coaliciones es análoga en parte a la estructura normativa de los mercados. Se trata de una estructura doble: en un primer nivel están las reglas que hacen posible el mercado como tal –que lo constituyen, podría decirse–, en un segundo nivel, las reglas de la competencia, que determinan, en conjunción con la habilidad de cada jugador, lo que cada quien obtendrá. En el primer nivel debe darse un acuerdo entre todas las partes (fase cooperativa), pues sin él el mercado sería imposible; en el segundo, competencia entre ellas (fase competitiva), pues sin ella el mercado no sería eficiente. La fase cooperativa debe contener no sólo normas políticas y morales, sino también la obligación de *todas* las partes a aceptar el resultado de la competencia que respete las reglas del juego. Por tanto, en ese momento las partes deben decidir qué reglas concretas desean para sus mercados.

Como es fácil imaginar, se pueden extraer aún otras sugerentes consecuencias. Mas, para lo que nos interesa, quiero incidir sólo en el hecho ya comentado de que la Teoría de Juegos confirma lo que los economistas clásicos pensaron: que la distribución competitiva es estable (el único resultado estable) en una economía que incluye un número de participantes y de bienes progresivamente creciente junto con un medio (el dinero) que haga los pagos totalmente transferibles. La Teoría de Juegos muestra, además, por qué esto es así, al explicar que sólo una coalición de la totalidad de jugadores está en el «núcleo» del juego del mercado. Será innecesario advertir que ambos paradigmas teóricos –el de la economía liberal clásica y el de la Teoría de Juegos– reducen la actividad humana a estilizados y ficticios estereotipos matemáticos y conductuales: ni existen mercados perfectamente competitivos, ni juegos de coaliciones jugados por infinitos seres perfectamente racionales. Pero lo cierto es que ambas aproximaciones ideales se apoyan en una base empírica y llegan a conclusiones que tal vez –y a pesar

[11] En esto, los mercados se asemejan a un juego deportivo. Por emplear un símil fácil, supongamos que hemos organizado un partido de fútbol; una vez en la cancha, competiremos por ganarlo. Pero el hecho de organizarlo inicialmente se debe a que pensamos que *todos* nos divertiremos más jugando que quedándonos en casa (independientemente del resultado y aún a riesgo de que la derrota pueda ser muy humillante).

de las abstracciones ideales en que se apoyan– podrían orientar heurísticamente nuestra reflexión normativa.

III

En cierta manera, la Teoría de Juegos no ha desmentido la tesis de la economía clásica: dadas unas reglas generales relativamente simples, la libre interacción de las partes, interesadas en promover sus intereses propios, garantiza un resultado estable eficiente. Sí ha logrado esta teoría, en cambio, desmitificar o «desencantar» el ideal del mercado competitivo, al interpretar las reglas de la competencia simplemente como un eficaz (y convencional) método para la cooperación. Desde el punto de vista clásico, el mercado es el fruto natural de las acciones no coordinadas de individuos independientes. Pese a reconocer, como hace Hayek, la crucial importancia de la observancia general de reglas (sobre todo en la forma de respeto a los derechos de propiedad y a los contratos), el énfasis se pone en el hecho de que las acciones «libres» e interesadas de las partes producen al cabo un resultado socialmente beneficioso. Visto así, el mercado es un juego paradójico e inextricable: su carácter agónico no impide que genere, inexplicablemente, beneficios para *todos*. El misterio de ese juego se expresa cabalmente en la metáfora de «la mano invisible», como es sabido. Ciertamente, la teoría económica trata de hacer visible el mecanismo del mercado con explicaciones microeconómicas que pueden, en efecto, aclarar cómo se llegan a formar y estabilizar los precios, las producciones y las demandas, pero que no se hacen cuestión explícita del papel (necesario) de las reglas del mercado en la realización de tales tareas. La Teoría de Juegos, por el contrario, destaca ese papel. Nos presenta, y analiza, un mundo que consiste en multitud de juegos, en los que participamos diversamente: cada juego definido por sus objetivos y sus reglas, que limitan estrechamente lo que está o no permitido «en la cancha». Incluso la más genérica y simple interacción social necesita sus reglas; de lo contrario, se convierte en la mera concatenación de actos individuales más o menos previsores y conscientes: un «estado de naturaleza hobbesiano»; no un mercado, y mucho menos una sociedad. Así, la importancia de las reglas del juego –frente a la importancia de la libertad de los jugadores dentro del respeto a ellas– pasa a primer plano.

Ambas teorías, la microeconómica clásica y la de Juegos, tratan de racionalizar el aparente misterio de la «mano invisible». Pero adoptan perspectivas diferentes: la primera acepta el mercado como el marco natural de interacción de los agentes económicos, y trata de explicar cómo la interacción en ese marco produce como equilibrio una situación en la que se optimizan los recursos. La Teoría de Juegos, por el contrario, parte de la base de que ningún marco de interacción social puede ser considerado «natural»

sin más precisiones. Lo que se analiza no es tanto la *operación* del mercado cuanto su carácter como *institución*. La Teoría de Juegos, suponiendo sólo la naturaleza interesada y racional de los agentes económicos, puede reconstruir la institución del mercado y su funcionamiento, pues puede justificarlo por referencia al fin que cumple. La microeconomía necesita un supuesto añadido –la presencia del mercado como medio natural de la interacción. La Teoría de Juegos tiene en cuenta la finalidad general de la interacción de mercado (el beneficio de «participar en el juego»), y no sólo el posible beneficio del «ganador», que depende, entre otras cosas, de que se den en primer lugar las condiciones para «organizar la partida». Me parece que esta perspectiva subraya, primero, que los mercados son instituciones que, de alguna forma, podemos controlar, y que están a nuestro servicio (sin que esto signifique negar que puedan haber surgido, históricamente, de modo «espontáneo»); segundo, que no todas las interacciones económicas son de mercado (lo cual es obvio, pero quedaba un tanto oscurecido bajo el prisma de la economía clásica).

Como vemos, dos concepciones muy diferentes de lo que es un mercado van dibujándose. Algo tienen, sin embargo, en común: el papel esencial que deben conceder a las reglas. Ahora bien, la concepción de las reglas será tan distinta como lo son entre sí las perspectivas sobre el mercado, como veremos de inmediato.

IV

Se recordará que concluía la sección primera resaltando la importancia de determinar la naturaleza de las reglas del mercado. Si éstas –decía– son la condición necesaria para que el tipo de interacción de mercado se produzca, y tal interacción es imprescindible, a su vez, para conducir a la sociedad a su nivel óptimo de producción (y, por ende, de bienestar), todas las personas deberían estar interesadas mediatamente en la observancia de las reglas que la hacen posible (fuesen las que fuesen) y, por tanto, en su elucidación y conocimiento.

Quiero defender ahora el carácter jurídico de las reglas de los mercados. Hay que reconocer que no es ésta una defensa muy meritoria: bastaría con aportar datos empíricos, pues las normas que regulan *de hecho* los mercados son generalmente normas legales y reglamenta rias. Por eso querría ir más allá y aventurarme a afirmar que la forma normativa jurídica es consustancial a los mercados; y creo hallar argumentos en favor de tal afirmación desde ambas perspectivas: tanto si vemos en el mercado el modo natural de la interacción económica (liberalismo clásico), como si lo reducimos a una institución convencional (Teoría de Juegos). Ahora bien, la afirmación de que la regulación del mercado debe ser jurídica no concluirá el debate en abso-

luto; habrá que profundizar algo más y cuestionarse sobre qué modo concreto de regulación legal es más acorde con la naturaleza de los mercados.

Notemos para comenzar que, en la concepción de Hayek, no parece haber duda sobre el carácter legal de las reglas del mercado. La razón es que se trataría de normas generales desarrolladas de modo espontáneo entre los primeros «mercaderes» y que se asentaron evolutivamente de acuerdo a su mayor a o menor utilidad para contribuir al correcto funciona miento de los mercados (entendiendo aquí «correcto» en el sentido de «beneficioso para la comunidad de comerciantes en general»). Es de suponer que aquellas normas que favorecían en exceso a ciertos comerciantes, acabarían por ser derogadas bajo presión de otros, que siempre podían formar su mercado al margen de los primeros. El paso del tiempo y la costumbre decantarían y fijarían las normas necesarias para excluir a estafadores, aprovechados, embusteros, defraudadores, morosos y mangantes de toda laya; las cuales fueron las mismas que habrían de hacer el comercio fluido y seguro para todos los mercaderes de buena fe: fundamentalmente el reconocimiento de la propiedad privada y el cumplimiento de la palabra dada (contratos). En la medida en que estas reglas habían de tener validez entre personas que no pertenecían a la misma comunidad (más bien, todo lo contrario; regían entre completos desconocidos), es imposible pensar en la sanción social o grupal como forma de asegurarlas coactivamente. Aunque la fama entre los comerciantes tiene gran importancia, el sistema de sanciones sociales no podría tener entre ellos la fuerza que tiene en las sociedades cerradas, dado que los mercados son, por definición, ámbitos muy abiertos donde sería posible, al menos en principio, no interactuar dos veces con el mismo agente. Este problema se solucionó, al principio, constituyendo los mercados (las rutas y plazas comerciales, las ferias, etc.) de un modo cerrado, y dando acceso a ellos únicamente a personas cualificadas y conocedoras de los usos comerciales: los mercaderes. Sin embargo, los privilegios y la exclusividad están reñidos con el propio objetivo de los mercados en las sociedades capitalistas modernas. Desde los inicios del capitalismo debió ser evidente que los mercados funcionan mejor cuanto más abierto y libre es el tráfico dentro de ellos y más diversos los modos y lugares posibles para desarrollarlo. A los comerciantes les interesaba, por tanto, que las reglas del mercado tuviesen fuerza más allá de su capacidad sancionadora como comunidad. Y siendo reglas de aplicación general, reguladoras de asuntos públicos como la propiedad y la legitimidad de las transmisiones e intercambios, que exigen una gran seguridad y un firme apoyo coactivo, su fuerza sólo podía provenir de los Tribunales de Justicia. Así las normas del mercado van más allá de los usos o la moralidad de los comerciantes y se imponen generalmente como *ius mercatorum*, un derecho especial, pero dirimible, frecuentemente, ante el Juez natural o común.

Frente a esta teoría, podría argumentarse que la regulación de los mercados, lejos de confiar en la moralidad o usos legales de los comerciantes, tuvo su origen en decisiones de la autoridad política. Creo que semejante tesis no puede sostenerse. Si bien es claro que los Estados han intervenido desde antiguo en la regulación de los mercados, el derecho mercantil nace y se va especificando *entre* los comerciantes (sin tener en cuenta fronteras las mas de las veces) y es reconocido por los Estados posterior y progresivamente, lo cual elimina la posible calificación de sus normas como políticas. Tal calificación no es tampoco explicable porque, sobre todo en la Edad Media, la facultad personal de ejercer el comercio y la determinación de las plazas, ciudades o puertos en los que estaba permitido eran a menudo considerados privilegios reales; en aquella época gran parte del derecho se concebía como privilegio: se puede decir que bajo ese rótulo se cobijaba la mayor parte de lo que hoy consideraríamos simplemente normas legales en general. Ciertamente, en todo momento histórico muchas normas que hoy calificaríamos como político-fiscales han condicionado –como aún hoy condicionan, por cierto– el ejercicio del comercio; así como otras, no es necesario añadirlo, intentan protegerlo o fomentarlo. En cualquier caso, no se puede negar que el grueso de la regulación mercantil se fragua entre los comerciantes, de modo más o menos espontáneo. Los decretos de la autoridad política no establecieron propiamente las reglas del intercambio, sino que, imponiendo tasas, alcabalas, controles y privilegios, reconocían el hecho empírico de que aquella actividad era socialmente beneficiosa, y aprovechaban esa realidad para fortalecer el poder político. En el mejor de los casos, esas normas provenientes de la autoridad complementaban al derecho especial de los mercaderes y se integraban en él –en los peores casos lo abolían y casi impedían el comercio–, pero en modo alguno crearon políticamente la regulación jurídica básica del intercambio.

Así pues, la conclusión es que aunque quizá el juego del intercambio necesite asentarse sobre una moral universalmente entendida, y no pueda prescindir de normas políticas que expresen la voluntad de protegerlo, lo cierto es que el carácter jurídico de sus reglas no puede ser negado por las dudas nacidas la evidencia de esos fundamentos y requisitos suyos.

Sólo hemos empleado hasta ahora, sin embargo, el argumento basado en el origen de las reglas. Quizá este argumento, y su énfasis en la génesis más o menos espontánea del derecho mercantil, nos distancie del hecho de la diversidad de mercados y de las particularidades que ellos representan. Cierto que las normas fundamentales del derecho mercantil suelen ser comunes a varios mercados –así como son comunes al genérico mercado del consumo privado– pero muchas otras los singularizan. Las reglas de cada mercado están dispuestas del modo más eficaz para alcanzar los fines que *ese*

mercado concreto propone: así, las reglas de una lonja en un puerto difieren de las reglas de un mercado de ganados, o de las de una subasta de joyas (o, para el caso, de las del tráfico ilegal de armas). En ningún caso determinan las reglas quién ha de ganar o perder en los tratos, pero sí permiten, al modelar el *tipo* de tratos realizables, que las partes sepan a qué atenerse en cada caso, y puedan así diseñar y desarrollar sus estrategias. En cuanto juegos cooperativos, todos los participantes se benefician si cada uno sigue las reglas de buena fe; pero también es cierto que, entre agentes auto-interesados, la tentación de aprovecharse del incumplimiento unilateral de las normas es permanente. Esto sólo confirma que la estructura de los mercados es la de un juego cooperativo, caracterizado porque el interés colectivo por la cooperación se opone siempre al interés individual en defraudar. Aceptando que, salvo loables excepciones, los agentes económicos tratarán de defraudar siempre que el cálculo coste-beneficio lo aconseje, es común asegurar el cumplimiento de las reglas de los mercados con coacciones o sanciones que desequilibren siempre ese cálculo en favor del cumplimiento [12]. A esta necesidad de coacciones se añade el hecho de que el ingenio de los defraudadores suele adelantarse a las precauciones –y eludir las represalias– que pudieran tomar la generalidad de los participantes en los mercados para mantener el «juego limpio». Por ello, los mercados modernos recurren con frecuencia a procedimientos rápidos de creación normativa a efectos de responder rápida y adecuadamente a los nuevos métodos del fraude. Es evidente que el único tipo de normatividad que puede responder a esta doble necesidad de los mercados para mantener la cooperación –modelar la competencia de acuerdo al fin colectivo que persigue y desincentivar (o, en su caso, sancionar) el fraude– es la legislación. El derecho producido es el único cuerpo normativo que puede ponerse al día con relativa rapidez (mucha más, en todo caso, que la moralidad social, las costumbres o los sistemas políticos) y que puede conllevar además mecanismos coactivos que disuadan eficazmente a los posibles defraudadores.

En este caso es, sin duda, más fácil sostener que el carácter de las normas legisladas *ad hoc* para organizar y proteger los mercados, o para luchar contra el fraude, es, en un determinado sentido, *político*. De hecho, es relativamente frecuente que las normas de esta índole se produzcan en forma de decretos gubernamentales. En este punto habría que precisar que con la palabra «político» no me refiero tanto a un sector del ordenamiento jurídico (el que trata de la organización del Estado) cuanto a un modo de producir

[12] Cfr., como ilustración, el título VII, arts. 102-104 de la Ley 24/88 del Mercado de Valores, donde se contienen las sanciones para las infracciones muy graves, graves y leves de las normas de funcionamiento y conducta recogidas en otros lugares de la Ley (en especial en los arts. 78- 83).

normas legales [13]. Estoy aceptando que las normas propiamente jurídicas son las que se desarrollan históricamente en una comunidad (aunque su expresión sea un código más o menos coyuntural y más o menos pactado), mientras que denomino, quizá impropiamente, «políticas» a aquellas que son adoptadas como legales tras (y como consecuencia de) un debate *político* en el sentido más puro; esto es, un debate público en el cual los afectados por la norma discuten y finalmente deciden sobre ella –de modo que la norma surge como un consenso o pacto, y a la vez pretende reflejar la voluntad de quienes habrán de estar sujetos a ella [14]. En este sentido, la conciencia de que los mercados son instituciones que pueden servir a nuestros intereses comunes, hace que las reglas de los mismos tiendan a ser cada vez más políticas –o más convencionales, como también podría decirse. Pero ello no excluye su carácter legal, como acabo de explicar. Se trata simplemente de la forma contemporánea y, por así decir, más consciente, de legalidad.

Esta distinción que he introducido entre normas legales de origen histórico-social o de origen «político» se correspondería aproximadamente con la que hace Hayek entre «Derecho» y «Legislación». En efecto, pese a su conocida defensa de la libertad en el marco del respeto al derecho tradicional, Hayek reconoce la necesidad de la «legislación» (término que, en el uso de Hayek, podría traducirse por «producción legal *ad hoc*») para controlar algunos aspectos de los mercados y para suprimir y compensar sus imperfecciones. En la actualidad, cuando la diversidad de fines colectivos que los mercados persiguen es amplísima, y los medios de manipulación en manos de los jugadores que en ellos participan son tan extraordinarios, es comprensible que la magnitud de la hayekiana «legislación» eclipse casi por completo al «derecho tradicional», espontáneamente nacido, que hizo posibles los primeros mercados.

Este hecho parece perturbar mucho a algunos defensores a ultranza de la libertad absoluta de comercio. Mas no debería asombrarnos si consideramos los mercados como instituciones complejas al servicio de nuestra economía, es decir, del bienestar de nuestras sociedades. En esa medida, nada es más natural que establecer las reglas que permitan a los mercados cumplir con el cometido institucional que les asignamos, y que vigilen la limpieza de su funcionamiento.

La regulación de algunos mercados particularmente significativos en las economías capitalistas corrobora las anteriores afirmaciones. Así, la regula-

---

[13] Empleo aproximadamente la misma denominación que ha introducido Habermas. Cfr. HABERMAS, J., «¿Cómo es posible la legitimidad por vía de la legalidad?», en *Doxa*, 5 (1988), pp. 21-45, p. 23.

[14] Creo innecesario precisar que esta descripción puramente ideal consiste en la práctica, con demasiada frecuencia, en la mera legislación por decreto que sigue o desarrolla «líneas de política económica» supuestamente refrendadas por el pueblo al elegir a sus representantes.

ción del Mercado de Valores, a la que ya he aludido, determina no sólo los fines de ese mercado y sus normas de funcionamiento, sino muchas otras reglas que configuran su especificidad. Es destacable que un capítulo de la Ley española del Mercado de Valores (así como otras normas de desarrollo) esté dedicado a las «normas de conducta» que deben observar los participantes en el «juego de la bolsa». Aún más interesante es que, como reza el Real Decreto de 3 de mayo de 1993 (que desarrolla el título citado de la Ley del 88), el Ministerio de Economía y Hacienda, a propuesta de la Comisión del Mercado de Valores, pueda desarrollar, definir o concretar el código general de conducta y establecer *códigos de conducta específicos en función de las características de los distintos mercados*.

En mi opinión, esas palabras del legislador, enfrentado a la tarea de regular uno de los mercados más característicos de las economías capitalistas reflejan una correcta concepción de lo que son los mercados en general: instituciones que, en función de sus fines, poseen características determinadas y que se definen mediante un conjunto de reglas que podemos y debemos modelar de acuerdo a nuestro interés, sea como posibles participantes en los mismos, sea como ciudadanos: miembros de una comunidad política que ha elegido el mercado como forma principal de decisión e interacción económica. Me parece que no sería en absoluto inconsecuente extender esta perspectiva a muchos otros mercados que en ocasiones carecen de reglas adecuadas por un prurito injustificado de defensa de la libertad y así producen sistemática mente resultados tan contrarios al bien común que han de ser constantemente corregidos mediante intervenciones políticas.

V

La conclusión de estas reflexiones está orientada, pues, por la visión de la realidad incorporada en los análisis de juegos: ellos nos presentan la vida económica como un ámbito de la interacción humana en el que los mercados son sólo un modo, entre otros, de organización de la decisión y la acción. El mercado es un juego más de los muchos que jugamos en cuanto miembros de la sociedad. Cada juego tiene diferentes incentivos, relacionados con su objetivo global y con la probabilidad de obtener personalmente un buen resultado. Dependiendo de esas consideraciones nos inclinamos o no a participar en el mismo. Fuera del gran juego de la sociedad en que hemos nacido, quizá el único en el que no podemos elegir no participar[15], todos los demás son contingentes. Quizá algunos aspectos de la economía pertenezcan al gran juego social y dependan del gran acuerdo fundante de

[15] Cfr., en este sentido, RAWLS, J., *Political Liberalism*, Nueva York, Columbia University Press, 1993, pp. 276 y ss.

la misma (aspectos conectados con necesidades básicas, por ejemplo), pero desde luego este no es el caso de los mercados, que son mecanismos particulares con finalidades muy concretas. El hecho de vivir inmersos en las llamadas «economías libres de mercado» no debe hacernos creer que *todo es mercado*. El modo de interacción de mercado se ha extendido a los ámbitos más diversos, dada su comprobada eficacia para servir de medio de relación en sociedades individualistas, masificadas y anónimas, pero eso no debe hacernos olvidar que se trata de una estructura de interacción convencional que hemos puesto en marcha por voluntad y cuyas reglas podemos reformar si así lo decidimos. El «gran mercado del mundo» del famoso auto calderoniano es sólo una metáfora. El mundo no es un mercado, sino que contiene mercados, entre otras muchas instituciones. La presencia de mercados particulares, como la bolsa de valores, y su análisis nos pone sobre la pista correcta para desacralizar «el mercado».

De todo lo dicho se sigue una primera conclusión *filosófico-jurídica*: las tradicionalmente consideradas «reglas de la economía» se revelan, tras el análisis de juegos, no sólo como límites o controles sobre una interacción «natural», sino como verdaderos constituyentes de una estructura convencional de interacción, cuyo modo de normatividad es el jurídico. Una vez comenzado el juego, puede que los mercados tengan una «lógica propia»; pero el juego sólo se inicia si las partes así lo acuerdan. Las partes, en este caso, son soberanas; no sólo deciden si participar o no en una interacción concreta, sino que también dan su forma a la interacción misma mediante el acuerdo normativo que la posibilita en primer lugar. En un régimen democrático, donde los conceptos de «agente económico» y «legislador» se superponen, no puede imaginarse que la estructura de los mercados vaya a ser perjudicial en términos netos para ninguno de los participantes (independientemente de las pérdidas que todos están dispuestos a aceptar como «parte del juego»). Los mercados son instituciones cuya justificación reside en su aceptabilidad como mecanismos eficaces en el logro de ciertos fines sociales. En la medida en que parte de nuestros fines sociales consisten en la posibilidad de avanzar con libertad nuestros intereses particulares, el mercado aparece como una institución indiscutible. Otros fines sociales, tales como la mayor productividad y eficiencia del sistema industrial, también se ven generalmente favorecidos bajo instituciones económicas del tipo del mercado. Pero la conciencia de la contingencia de los mercados y sus reglas debería llevarnos a aceptar sin complejos la posibilidad de su transformación de acuerdo a nuestros fines económicos, sociales y políticos. No todos los mercados se adaptan igual a todos los fines sociales, y en la mano del soberano está el diseñar los mercados del modo más conveniente para alcanzar esos objetivos comunes.

Se podría objetar que hasta aquí no he propuesto nada excesivamente original. Las demandas anteriores están más o menos satisfechas actualmente. Nuestra legislación regula los distintos mercados, y frecuentemente modifica esa regulación. De hecho, los defensores del liberalismo a ultranza siguen quejándose amargamente del intervencionismo estatal en la economía ¿Estoy simplemente apoyando ese intervencionismo con mi reflexión anterior? En absoluto. Y para resaltar eso matizaré la conclusión anterior; matización que introducirá la que puede considerarse conclusión *filosófico-política* de esta reflexión.

En primer lugar, habría que reconocer, frente a la constante queja de los liberales doctrinarios, que actualmente es en todo el mundo necesaria de la intervención estatal sobre la distribución que resulta del libre juego de la mayoría de los mercados. Tal necesidad se debe a razones históricas, que condicionan radicalmente la organización político-económica de nuestras sociedades. Sin embargo, la queja es comprensible, porque la intervención sobre la distribución de mercado es siempre impertinente desde el punto de vista del jugador que se atuvo a las reglas del juego, arriesgó y obtuvo un resultado determinado. El mejor ejemplo es la tributación directa, que nunca es bien recibida por sufrido contribuyente, que ve cómo le «quitan» algo que previamente ha «ganado» (las campañas de concienciación, la cultura cívica y la ética pública pueden convencernos de la necesidad de contribuir, pero difícilmente lograrán que nos resulte placentero). Este problema de las políticas redistributivas no debería darse en la intervención sobre el *mecanismo* del mercado, si esa intervención responde no a un capricho del gobernante, sino a una decisión políticamente fundada del legislador. Las reglas del mercado pueden resultar desagradables a algunos jugadores *en cuanto intentan ganar en el juego*, pero incluso esos jugadores deben reconocer su *legitimidad* en cuanto miembros de la comunidad que, por así decir, organiza y patrocina el juego. Este es el matiz que no debemos olvidar: la reflexión aquí presentada no invita a la simple intervención sobre los resultados del mercado, sino sobre las normas que configuran su estructura (así como cuando la comisión del mercado de valores observa un sesgo constante en el resultado que no obedece a ninguna práctica ilegal, revisa las normas y, en su caso, las modifica, para evitar ese sesgo).

Este matiz nos lleva, como anticipábamos a una conclusión filosófico-política sobre la legitimidad de las normas. Y es que la legitimidad tanto racional como social de estas reglas (del juego) es mucho más fácil de justificar que la de las normas redistributivas, ya que su establecimiento está basado en el interés común que todos los participantes tienen en la organización y mantenimiento de la institución en cuestión (un mercado en este caso) en vista de ciertos fines.

Los corolarios y consecuencias de esta reflexión son muchos, y creo que su explicitación es prescindible. Me gustaría insistir solamente en las ideas principales de este trabajo: la preeminencia de los fines políticos sobre las hipostasiadas «condiciones de los mercados», sin perjuicio de que las opiniones de los expertos deban siempre ser tenidas en cuenta por sociedades maduras; la obligación política democrática de inclinar la producción legislativa hacia normas fácilmente legitimables, que aboga en favor de acentuar las reglas de los mercados, frente a las intervenciones fiscales redistributivas (pese a la inevitabilidad actual de estas últimas); y la conciencia de que los mercados, como las restantes instituciones económicas, están al servicio de los intereses de la sociedad y sus miembros.

Por último, quiero anotar también algunas fronteras (de entre las muchas) que han limitado mi reflexión. Para empezar, no pretende ser demasiado definitiva, sino más bien una modesta contribución a una nueva forma de ver la economía política a partir de la Teoría de Juegos; en este sentido, es totalmente revisable. En segundo lugar, no hemos cuestionado la pertinencia misma de los mercados libres como modo eficaz de producción, distribución y fijación de precios en muchos sectores de la vida económica. Ello no quiere decir que este dogma sea incuestionable, simplemente nos hemos limitado a una reflexión sobre el mercado y la legislación, y hemos dado por supuestos algunos lugares comunes sobre ambas instituciones. Esta reflexión estuvo inspirada por la constatación de que las reglas de muchos mercados (o la ausencia de ellas) permiten situaciones moralmente repugnantes, como el espectáculo de niños trabajando hasta el agotamiento a cambio de un salario miserable; o políticamente recusables, como el sacrificio de millones de personas en el altar de los índices macroeconómicos. Estas cosas suceden mientras en los mercados bursátiles las «normas de conducta» y los controles administrativos se multiplican para permitir un juego limpio que permita iguales oportunidades para todos. Los mercados son, como se ve, lo que queramos hacer de ellos: un instrumento para el bienestar y la libertad, o un medio refinado para la inmoralidad y el sufrimiento. Mi contribución sólo pretende sugerir que este no es un problema económico, sino sobre todo ético y político.

Xacobe Bastida Freixedo

«LOS ASUNTOS DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO»

DOXA 22 (1999)

LOS ASUNTOS DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO

Xacobe Bastida Freixedo
Universidad de Oviedo

I. FILOSOFÍA Y FILODOXÍA

La filosofía no tiene un contenido susceptible de ser descubierto en sí mismo y por sí mismo. Como saber de segundo grado está en función de las realidades del presente y presupone siempre otros saberes previamente dados no siempre concordantes entre sí (G. Bueno, 1995, 97). En este sentido, la filosofía es un saber reflexivo por cuanto se vuelca sobre saberes previos a fin de compararlos, contrastarlos y explorar sus límites recíprocos. La filosofía se ocupa de las Ideas que brotan de la confluencia de conceptos que se conforman en el terreno de las categorías o de las tecnologías. Su campo es el del enfrentamiento con las Ideas y con las relaciones sistemáticas entre las mismas. Por eso, siguiendo la propuesta de G. Bueno, creemos que la filosofía ha de apoyarse sobre las disciplinas positivas del presente, para lo cual será preciso tener con ellas el mayor contacto posible, a fin de regresar críticamente hacia las ideas que atraviesan sus campos respectivos (1995, 45-46). En este aspecto, la conocida polémica entre M. Sacristán (1968) y G. Bueno (1970) acerca del carácter adjetivo o sustantivo de la filosofía se reconduce a un común acuerdo. Tanto para uno como para otro la filosofía debe partir de la base proporcionada por la ciencia empírico-positiva. Por esa razón pondera Sacristán la ubicación de la filosofía del derecho en el quinto curso de licenciatura –nos referimos al benemérito y extinto «plan del 53»–, habida cuenta que, de esta forma, el profesor de filosofía del derecho no podría ser ajeno a la problemática jurídica positiva y no se presentaría como enviado de una enigmática instancia superior al de la ciencia jurídica. De lo contrario el filósofo del derecho tiende a convertirse en un «acrítico positivista inconsciente en las materias positivas de su especialidad y no menos acrítico creyente en las más peregrinas fantasías (incluida acaso la filosofía especulativa) por lo que hace al resto» (M. Sacristán, 1968, 375).

El hecho de que, como veremos, la filosofía del derecho tenga que partir del conocimiento de las diferentes ramas del saber jurídico, no significa

que su campo de actuación se limite a una comprensión aislada de las mismas. Si así fuese, la reducción analítica se cargaría de razón y la filosofía del derecho decaería en favor de la teoría general del derecho. El objeto de la filosofía del derecho no es el estudio de una parte o aspecto del saber jurídico –de ello tratarían precisamente las diversas ramas de la ciencia del derecho–, sino el conjunto de esos saberes jurídicos como totalización. Si nos apropiamos de la distinción que hace A. Kaufmann (1992, 29) en el marco de la teoría de la ciencia y entendemos por objeto material el objeto concreto del que se ocupa un determinado saber, mientras identificamos el objeto formal con la perspectiva desde la que se analiza esa realidad, podemos afirmar que la filosofía tiene un objeto formal caracterizado por la noción de totalización. Cuando decimos *totalización* no decimos *totalidad*, concepto que prescinde de cualquier base empírica y aspira a una especie de comprehensión intuitiva y metafísica que desprecia el contacto con la realidad. En este sentido, la totalización propia del saber filosófico procura un análisis de las ideas que surgen de la actividad de la ciencia jurídica estableciendo un sistema entre las mismas y desbordando el método de la ciencia del derecho. La relación entre filosofía del derecho y ciencia jurídica es paralela a la existente entre filosofía y ciencia. En este sentido la filosofía del derecho encuentra su justificación en el tratamiento de aquellos temas a los que no llega la ciencia jurídica. Como señala López Calera, «*la comprensión de la realidad jurídica no se agota, no puede agotarse, en el simple análisis científico* de las estructuras normativas o de los ordenamientos jurídicos. El derecho se forma y actúa a través de elementos o factores que no son meras estructuras lógicas. El derecho es también una realidad política, moral, económica, cultural, histórica, esto es, una realidad difícilmente comprensible en su totalidad desde una perspectiva estrictamente científica» (1992, 17).

Ahora bien, la totalización de ideas a partir de conceptos puede seguir, en lo esencial, dos rumbos bien distintos. Podemos considerar que los conceptos que surgen de la práctica y que son categorizados por la ciencia del derecho adquieren cierta autonomía y justificación en tanto que sirven para entender, racionalizar y explicar el funcionamiento de esa práctica; o bien podemos cuestionar la autonomía y justificación de la práctica que da origen al derecho e intentar una reconstrucción externa de la misma. En el primer caso hablaremos de totalización dogmática y en el segundo de totalización crítica. La categorización epistemológica que realiza M. Harris en el ámbito antropológico resulta de interés para aclarar lo que decimos.

Toda práctica humana –y el derecho nace de una práctica– es susceptible de ser analizada siguiendo dos perspectivas. En primer lugar, es lo que se conoce como estrategia *emic*, la práctica puede ser vista desde el punto

de vista del participante en dicha práctica. Desde esta perspectiva las proposiciones emic se refieren a sistemas lógico-empíricos cuyas distinciones fenoménicas están hechas de contrastes y discriminaciones que los actores mismos consideran significativas, con sentido, reales, verdaderas o de algún otro modo apropiadas para hacer inteligible su actuación. A juicio de W. Goodenough, autor que resume perfectamente la estrategia emicista de investigación, la cultura de una sociedad, entre cuyas manifestaciones se encuentra en lugar destacado el derecho, se compone de todo lo que necesita saber o creer a fin de poder conducirse de un modo aceptable para sus miembros. En este sentido, cultura es producto final del aprendizaje; no las cosas, personas, conducta y emociones, sino la organización de estas cosas que la gente tiene en sus cabezas y sus modelos para percibirlas, relacionarlas entre sí o interpretarlas. En segundo lugar, la práctica puede considerarse siguiendo una estrategia *etic*, es decir, desde una perspectiva externa a la práctica misma, propia de un observador que, prescindiendo de la significación que pueda tener un acto para aquel que lo realiza, analiza la consistencia del acto a través de distinciones fenoménicas consideradas adecuadas para la comunidad de observadores científicos (M. Harris, 1987, 491 y ss.). Ambas perspectivas, aunque no son excluyentes en el análisis de la práctica social –más aún: necesariamente se muestran complementarias–, están claramente jerarquizadas. Para Harris, tanto la perspectiva emic como la etic son absolutamente irrenunciables para esclarecer cualquier tipo de fenómeno social: «toda estrategia investigadora que no distinga (...) entre las operaciones etic y emic, será incapaz de desarrollar un conjunto coherente de teorías concerniente a las causas de las semejanzas y diferencias socioculturales. Y, *a priori*, me inclino a pensar que las estrategias que se limiten exclusivamente a la perspectiva emic o a la etic no pueden satisfacer los criterios de una ciencia orientada hacia metas de una manera tan efectiva como aquellas que abarcan ambos puntos de vista» (1985, 51).

Sin embargo, a pesar de que Harris intente mantener una cierta equidistancia acerca de la importancia de las dos perspectivas analíticas, parece claro –y en esto llevan razón Fischer y Werner (1978, 199)– que la teoría de Harris establece una prioridad etic en la explicación de los fenómenos sociales. Y ello por dos razones. La primera deriva de su concepción de la objetividad; la segunda se deduce de su planteamiento epistemológico.

La ciencia es en todo momento búsqueda de verdad objetiva y necesaria. Pero sucede que en las ciencias sociales la demarcación de lo subjetivo y lo objetivo no siempre es clara, dado que cabe presentar, objetiva y subjetivamente, tanto el punto de vista del observador como el de los participantes, según las operaciones empíricas empleadas por el observador. De ahí la importancia que Harris le concede a la distinción emic-etic. Con ella

se evitan los problemas de la aplicación de las categorías objetivo-subjetivo y, al mismo tiempo, se puede seguir predicando la objetividad como característica distintiva de la ciencia. Esa objetividad, según Harris, puede obtenerse operando tanto desde un punto de vista etic como desde un punto de vista emic: «es perfectamente posible enfocar fenómenos, tanto de tipo emic como etic desde una perspectiva objetiva, es decir, científica» (1985, 50). Ahora bien, la objetividad que demarca el dominio de la ciencia «representa el estatuto epistemológico que separa a la comunidad de los observadores de las comunidades observadas (...) Los propios observados pueden ser objetivos; pero esto no querrá decir sino que se han unido, temporal o permanentemente, a la comunidad de observadores, adoptando una epistemología científica operacionalizada» (1985, 50). La objetividad no se predica del estatus de las personas sino del punto de vista que adopten en la emisión de sus juicios y descripciones. Esto es, la objetividad no es exclusiva del observador –también el participante puede ser objetivo– pero sí presupone la adopción del punto de vista etic.

El segundo argumento, decíamos, se explica mediante el análisis intrasistemático de los principios epistemológicos del materialismo cultural. En efecto, el materialismo cultural, retomando el ya clásico enunciado marxista según el cual no es la conciencia la que determina el ser de los hombres, sino que es el ser social el que determina su conciencia, postula un determinismo infraestructural según el cual los modos de producción y de reproducción etic determinan indirectamente –mediante la determinación de la política y la economía– las superestructuras emic. En palabras de Harris, «el materialismo cultural afirma la prioridad estratégica de los procesos y condiciones etic (...) sobre los de índole emic» (1985, 72). La utilidad de la perspectiva emic es indudable pero siempre circunscrita a una mejor explicación de las descripciones etic, al punto que su función principal es la de «garantizar la más completa exploración de las influencias determinantes que ejerce la infraestructura conductual emic» (1985, 72). Aunque Harris afirma que el objetivo del materialismo cultural no consiste en convertir lo etic en emic ni lo emic en etic, sino que «estriba en describir ambos aspectos y, si es posible, explicar uno en función del otro» (1985, 51), es claro que el papel que él mismo asigna a los principios gnoseológicos del materialismo es el de interpretar la información emic en función de una mayor inteligibilidad o de una ratificación de las descripciones etic.

Exactamente la misma relación que media entre la conceptualización etic y emic –incluida su jerarquía explicativa– es la que existe entre los dos modos de entender la totalización filosófica que antes comentábamos. La totalización dogmática, aquella que presuponía a los conceptos sobre los que trabaja una validez incuestionada y definitiva, equivale al tipo de des-

cripción emic; mientras que la filosofía crítica se corresponde con el tipo de descripción etic. Con ello significamos, en primer término, que ambos modos de totalización son indispensables para la elaboración de una filosofía del derecho sistemática. La filosofía es tanto totalización de la realidad empírica del derecho como totalización de esa realidad empírica conocida a través de la ciencia jurídica. Claro que, en segundo término, también atribuimos una prioridad fundamental al tipo de descripción etic como formulación global de la filosofía del derecho. Aunque los dos modos de entender la totalización *ideal* del derecho dan lugar, en sentido lato, a una filosofía del derecho, sólo la segunda es filosofía en sentido estricto.

En realidad, la distinción que estamos estableciendo entre dogma y crítica hunde sus raíces en la historia de la filosofía, al punto que en buena medida explica su mismo surgimiento. La cultura occidental estableció sus fundamentos distinguiendo radicalmente entre el discurso de la verdad y el discurso de la apariencia, distinción que, como recuerda E. Lynch (1988, 41), operó como fractura en el campo del saber. El pensamiento prefilosófico no afrontaba los problemas sino reiterando una fórmula preexistente, recibida, traditiva. La prefilosofía es una forma de expresión de la mentalidad tradicional. Pensar, querer y sentir son para los hombres tradicionales repetir en sí mismo un repertorio inmarcesible de actitudes que por el hecho de ser recibidas merecen justificación. La sumisión y adaptación a lo recibido, a la tradición dentro de la cual vive el individuo inmerso, adquiere en este modelo de pensamiento el papel de criterio de verdad. A esta forma de pensamiento llamaron los griegos *doxa*. Posiblemente fuera Parménides el primero en oponer este concepto –recordemos el fragmento de su poema *Por el camino de la doxa*– al de *aletheia*, en este contexto sinónimo de filosofía por cuanto significa el intento de la razón de encontrar la verdad y representa la prescindencia de cualquier tipo de predeterminación traditiva. Es precisamente el enfrentamiento con la habitualidad como criterio de verdad que es propio de la filosofía lo que ha llevado a identificar el concepto de filosofía y el de *aletheia* –algo que en sí mismo es correcto–, así como a inventar un falso étimo de *aletheia* que ratificase su significado. Así, Heidegger –y en esto fue seguido por Ortega– pensaba que *aletheia* era un derivado de *letheia* –que significa poner un velo, ocultar– precedido de una alfa privativa que invertía su sentido; esto es, *a-letheia* venía a significar traer algo a la superficie, descubrir lo oculto o velado, mostrar la verdad. Aunque, como pone de manifiesto el riguroso trabajo de P. Friedländer (1989, 214 y ss.), el étimo es falso –la palabra procede de la conjunción de *alé*, que es una partícula ponderativa y *ethos* (costumbre), con lo que se invertiría el significado de la palabra– la significación que los griegos dieron al concepto era, invirtiendo así su génesis, el que Heidegger ideó *pro domo sua*. En

otro orden de cosas, ya decíamos que la cuestión tenía raíces clásicas, también Platón utilizó la contraposición entre *doxa* y *episteme* (1993, 299, 511c) para significar el diferente conocimiento que se extrae de la utilización del pensar tradicional y el filosófico.

En cualquier caso, la filosofía, entendida como *aletheia* o como *episteme*, nace constitutivamente como enfrentamiento a la *doxa*, término habitualmente traducido por *opinión* o por *apariencia*. La *doxa* es lo que se dice, lo que parece, lo que la comunidad espera, el comportamiento habitual con el que se cuenta. Dicho brevemente, la doxa es la expresión de lo consabido. Por el contrario, la filosofía tiene un cariz polémico por cuanto cuestiona sistemáticamente la opinión recibida. Por eso la fórmula normal del enunciado filosófico implica siempre una negación. Su expresión no es «A es B», sino «A no es B, sino C» –con lo cual, casi sin querer, hemos definido filosóficamente la filosofía–.

Ahora bien, la filosofía no tiene por qué destruir la prefilosofía –la *filodoxía*– de la que parte y con la que se enfrenta, sino que, desde su nivel debe comprenderla, absorberla o rechazarla y sustituirla por una verdad justificada. La trituración de otras formas de filosofía de la que habla Bueno (1995, 48, 70), y que, desde luego, es imprescindible, presupone la idea de una posibilidad de entender ya no tanto un sistema concreto cuanto cualquier sistema que pudiera asumir o haber asumido un papel rector en la sociedad. Y, en este sentido, la doxa debe ser asumida por la filosofía que no es sino la superación dialéctica y, por tanto, envolvente, de aquel pensar.

Según esto hay dos actitudes con las que podemos afrontar el estudio del derecho y, en general, de la realidad. La primera tiene como *ratio* la contemplación del derecho como conjunto articulado de normas que cumplen una función de orden social. Los caracteres que conforman la realidad no son cuestionados habida cuenta de que la función que realizan existe empíricamente. Esta perspectiva parte ya de una práctica que se considera justificada pragmáticamente. El mero hecho de su existencia es razón suficiente para estimarla justificada y acorde con un comportamiento racional. La actitud filodóxica concibe el derecho como conjunto de preceptos socialmente vinculantes cuya obligatoriedad no es puesta en duda. Por contra, la actitud filosófica concibe el derecho como producto cultural cuyo sentido está en función de los demás elementos de la sociedad en que emerge y vive. La filodoxía, por utilizar la distinción de la fenomenología de Husserl –deudora en esto de la epistemología kantiana– establece una visión analítica del derecho basada en relaciones de implicación. En este tipo de relaciones un pensamiento aparece como surgiendo de otro anterior porque no es sino la explicación de algo que ya estaba en éste implícito. En la implicación la serie de pensamientos brotan dentro de un primer pensamiento en

virtud de un análisis progresivo. La filodoxía, al analizar el derecho como un conjunto formal con sustantividad propia ve al derecho como un conjunto de partes implicadas. La filosofía, muy al contrario, estudia el fenómeno jurídico desde el punto de vista sintético como el resultado de relaciones de complicación –tal vez por eso, si hemos de creer a buena parte del alumnado, la filosofía del derecho sea tan *complicada*–. La complicación –también llamada fundación o fundamentación– es aquella relación por la cual una parte está unida a otra pero sin estar contenida en ella. Desde esta perspectiva, el derecho no se agota en su especificidad formal ni en sus peculiares derivaciones de validez, sino que se integra en la «cultura jurídica» de una sociedad, entendiendo por tal «las ideas, valores, actitudes y opiniones que la gente mantiene en una sociedad con relación al derecho y al sistema jurídico» (L. Friedman, 1994, 118). La idea de norma complica necesariamente la idea del espacio en torno del cual se mueve. Tiene razón Hughes al afirmar en su crítica al formalismo kelseniano que un sistema jurídico no es simplemente una estructura de la razón que fluya de la suposición de un conjunto de premisas, como si se tratara de geometría Euclidiana (1974, 209). Esto vale para el filódoxo, no para el filósofo del derecho. La existencia de una comunidad jurídica debe ser analizada, como cualquier regulación de la vida humana que es realmente eficaz, en términos de actitudes y disposiciones efectivas hacia los procedimientos de aceptación de la autoridad de las personas que constituyen la comunidad. Para la filosofía, la obligatoriedad y la función ordenadora del derecho no constituyen límite, sino reto. Por eso aludíamos antes, en lo que pudiera haber parecido referencia excéntrica, a las categorías emic y etic. La filodoxía es una disciplina eminentemente émica ya que se sirve de enunciados que sólo desde el punto de vista interno del participante tienen sentido, pues sólo desde esta situación el concepto de obligatoriedad y el orden correlativo que implica adquieren relevancia. La filosofía es, en cambio, una disciplina *ética* –¡*more* Harris!– que utiliza enunciados independientes del mantenimiento del orden autónomo creado por las normas. Llegado el caso, el filósofo puede entonar el *fiat veritas pereat ius*, algo que está radicalmente vedado para el filódoxo. Sirvámonos de un retruécano: para un filódoxo la ley hace fe mientras que para un filósofo es la fe la que hace la ley.

Conviene aclarar que lo que verdaderamente diferencia la filosofía de la filodoxía no son las diferentes preguntas a las que dan respuesta. Es la perspectiva desde la que se afronta un problema y no la naturaleza del problema mismo lo que diferencia filosofía y filodoxía. El objeto de conocimiento, en esto tenemos de nuestra parte a Kant, no es constitutivo de estos dos modos de conocimiento. Es la diferente actitud ante las mismas preguntas la clave que los separa. La filosofía intenta responder y la filodoxía solu-

cionar. La teoría analítica de los enunciados descriptivos de los que habla Bulygin (1988) y que según él sólo cabe declarar verdaderos o falsos utilizando cualquier punto de vista, sea interno o externo, no tiene sentido. La solución verdadera no tiene por qué ser una respuesta verdadera y viceversa. La filosofía y la filodoxía expresan diferentes cosas. Parafraseando lo dicho por N. Bobbio respecto de la ciencia y la filosofía, la filodoxía es una toma de posesión de la realidad y la filosofía una toma de posición frente a la realidad (1980, 88). Responder y solucionar pueden parecer términos equivalentes y, sin embargo, no lo son. La filodoxía no da respuestas: únicamente proporciona expedientes que dan salida a una dificultad salvando así los inconvenientes que se derivan de un cuestionamiento último. La verdad, aquel bien que, siguiendo el mito platónico, sólo es accesible una vez fuera de la caverna, no es un fin en sí mismo. Es más, la propia condición funcional de la filodoxía exige que su método tenga como espacio la umbría cavernícola. Muy al contrario, a la filosofía no le basta con la solución –con todo lo que de provisional implica el término– de ciertos problemas que se le presentan. Su cometido es el de analizar las interpretaciones de la filodoxía, dar razón de ellas, ponerlas a prueba, rechazarlas si son falsas y elevarlas a condición de filosóficas si son verdaderas. Las soluciones de la filodoxía parten siempre de la elusión de las posibles respuestas que pueda dar la filosofía. La filosofía indaga que diferencia hay, si la hay, entre la soberanía que se predica del poder constituyente y la eficacia que se deduce de una actuación inconstitucional impuesta por vía de hecho; la filodoxía se dedica a buscar la diferencia que sin duda existe –esto es, presupone la respuesta para buscar una solución– entre ambos supuestos.

El filósofo del derecho no puede aceptar como verdadero nada que no haya sometido a radical revisión, nada cuyos fundamentos de verdad no haya construido. Por ello ha de dejar en suspenso toda creencia. Y el derecho –no nos es dada una mayor precisión en este momento– es, ante todo, creencia. En este sentido –aquí la precisión de Ortega es más que certera (VII, 357)– por cuanto cuestiona nuestras creencias más habituales y plausibles, las que constituyen el suelo intelectual sobre que vivimos, la filosofía es antinatural y *paradójica* en su raíz misma. La filodoxía se cimenta en la opinión espontánea y consuetudinaria. Por contra, la filosofía se ve obligada a desasirse de ella, en busca de otra opinión, de otra *doxa* más firme que la espontánea. La filosofía es, pues, *para-doxa*.

Así las cosas, los asuntos de la filosofía del derecho, en un sentido amplio, vendrán dados tanto por la preconcepción ontológica de la que partamos –en nuestro caso cabría decir que el derecho es un hecho psico-social o, con más propiedad, una creencia en la obligatoriedad de determinado poder que viene codificada por normas de conducta sostenidas mediante el uso

de la fuerza– como por la distinción entre filodoxía y filosofía que acabamos de examinar y que atraviesa toda la disciplina. Aunque, como nos consta, la filosofía y la filodoxía comparten los mismos problemas, pues en puridad son métodos de conocimiento, su propia articulación analítica se centra preferentemente en un núcleo temático determinado. De esta manera, enunciemos ahora lo que más tarde se desarrollará por extenso, la filosofía se ocupa de los elementos relacionados con el origen y la consistencia de la creencia jurídica, mientras que la filodoxía se ocupa de los factores relativos a la codificación de esa creencia mediante normas; su objeto son las condiciones mediante las cuales se reproduce la creencia. O, si nos acogemos a la terminología tradicional, la filosofía tiene como campo específico de actuación la Sociología –como respuesta a la previa cuestión ontológica, pues, al contrario que A. Gramsci, que consideraba que la sociología era la «filosofía de los no filósofos», aquí sostenemos que, al menos en lo que respecta a la filosofía del derecho, la sociología es la única respuesta filosófica posible ante el estudio del derecho– y la Axiología jurídicas; la filodoxía, por su parte, se centra en la Teoría General del Derecho y en la Epistemología jurídica desarrollada a través de la Teoría de la Ciencia Jurídica.

II. POR EL CAMINO DE LA *DOXA*

La filodoxía del derecho tiene –como toda filodoxía– un sesgo práctico, funcional y utilitario. Al analizar la práctica social en que consiste el derecho la filodoxía parte ya de un dato que es asumido como frontera del pensamiento: el derecho crea un orden en la convivencia social; y ese orden *ha de ser* diferenciado conceptualmente de otras regulaciones competitivas. El mero hecho de ser una práctica real que regula eficazmente la conducta de una sociedad convierte al derecho en un objeto autónomo, en un proyecto de ordenación social que, si bien para ser interpretado puede ser puesto en relación con sus orígenes y con el contexto social en que ha de ser aplicado, siempre se considerará como una estructura independiente y con un significado propio fundado en su propia sustantividad (M. Saavedra, 1994, 42-43). Así, la filodoxía desenvuelve su campo de actuación en el lugar que tradicionalmente ha ocupado la filosofía dogmática; esto es, aquella filosofía que se presenta como doctrina cuya estructura pretende fundarse en principios axiomáticos e intemporales y, por tanto, se reconoce como saber definitivo y cerrado en sí mismo. La filodoxía se orienta a la comprensión de las reglas que producen el orden social. Pero esa comprensión es, a la vez, reproducción de los mecanismos que hacen posible el orden. Existe desde un inicio una predeterminación funcional cual es posibilitar la subsistencia de la práctica que hace posible el derecho, y, con él, la convivencia. Al igual que si se tratase de un organismo vivo cuya supervivencia constituye en sí

misma un bien, el derecho es visto como un ser al que hay que observar y comprender para facilitar así su conservación y desarrollo. La filodoxía, entonces, estudia las reglas que producen la convivencia porque y en tanto que producen esa convivencia; estudia la operatividad de las reglas porque son y para que lo continúen siendo. La seguridad, certeza y previsibilidad del ordenamiento institucional se alimentan del conjunto de fórmulas estables que proporciona la filodoxía. El análisis filodóxico no se limita a describir, sino que produce los elementos del sistema de manera tal que el funcionamiento de éstos incorpora, reproduce y perpetúa al sistema mismo. Por eso, la línea de investigación filodóxica es inoperante para plantearse cuestiones ontológicas sobre la consistencia del derecho. Este tipo de planteamientos acaba siempre cuestionando la obligatoriedad de la normatividad y, con ello, poniendo en peligro la subsistencia del ejemplar jurídico. El filódoxo limita su estudio a la apariencia, al *datum* adquirido del derecho del que habla L. Gianformaggio (1994, 49). En este sentido, conviniendo en ello con J. R. Capella, buena parte de la reflexión sobre el derecho, ya sea iusnaturalista, ya positivista ha adoptado este punto de vista consistente en «*admitir* el hecho jurídico, es decir, el sistema de dominación del hombre por el hombre en el que lo jurídico es un elemento al parecer necesario (1975, 23)». Las inquisiciones que sirvan para sembrar de duda lo que la intuición y el buen sentido dan por bueno son desterradas. Lo dicho por Arthur Kaufmann, repitiendo palabras de su tocayo Armin, resume perfectamente la actitud que estamos comentando: «Hablemos *de Derecho*, sin la seguridad definitiva de hacerlo sobre *lo que es Derecho*» (1994, 28).

La filodoxía –el estudio jurídico que se realiza en función de la operatividad del derecho– tiene unas características que se pueden reunir en torno de la teoría de la dogmática jurídica. La dogmática jurídica es la ciencia del derecho en sentido estricto; esto es, el conocimiento sistemático de las normas y los conceptos jurídicos propios de un ordenamiento jurídico concreto (G. Robles, 1995, 118). La teoría de la dogmática o de la ciencia jurídica estudia los métodos de conocimiento de la dogmática, la forma típica de tratamiento y elaboración de los textos jurídicos vigentes realizados en función de la práctica judicial profesional. Su misión es conocer y dominar el mensaje normativo contenido en el sistema jurídico en vigor para poder aplicar la consecuencia jurídica prevista a las relaciones sociales controvertidas. Las definiciones del derecho que propone y ensaya la filodoxía tienen un propósito específico, cual es la delimitación de un sector que pueda ser comprensiblemente descrito e históricamente estudiado bajo la denominación de ciencia jurídica, y, para este propósito, ha de partir de criterios de utilidad. Como decía Bentham, el ingenio, unido a la necesidad de los primeros maestros del lenguaje, ha tendido un velo de misterio sobre el rostro

de las ciencias, y ninguno más impenetrable que el que cubre la jurisprudencia. Ahora bien, continúa Bentham, no sería ni práctico ni conveniente eliminar por completo ese velo, aunque deberíamos aprender a traspasarlo a voluntad para poder obtener una percepción clara de las cosas. La mentira útil que a juicio de Kelsen representaba la teoría iusnaturalista (1982, 112) tuvo históricamente esta misma función. La filodoxía, de igual modo, se construye a partir de la estimación de la conveniencia del velo y estudia sus posibilidades; la filosofía, luego lo veremos, surge con la finalidad de quitar el velo, algo que, como no puede ser menos, produce no pocos desvelos. Si nuestra obediencia no fuera un hábito propio del creyente, de aquél que no se plantea un dogma porque lo confunde, simplemente, con la realidad, las relaciones sociales se verían comprometidas. Si, lejos de creer, pensásemos; si fuésemos filósofos ante el derecho en vez de fieles ante el misterio, se produciría el caos. En este sentido, con propiedad, puede decirse que el mundo funciona *de milagro*. Pues no otra cosa es el hecho de la obediencia. Ahora bien, aquéllos que creen en los milagros acaban beneficiándose a fuerza de creer en ellos. En el derecho, tanto como en la religión –muy a pesar de la sindología y de las patrañas marianas, juicio este que sometemos a la *exceptio veritatis*–, es la creencia la que hace al milagro, y no a la inversa. Así debemos interpretar la impronta fideísta basada en la revelación que rigen tanto la religión como el derecho. *Nisi credideritis, non intelligentis* –si no creéis, jamás entenderéis–, decía Agustín citando al profeta Isaías. Desde esta perspectiva, para alcanzar el objetivo que la filodoxía se propone, el método tiene que ser inmanente. No será posible salirse del objeto mismo buscando alguna conexión con el mundo que lo rodea. El universo que construye la regulación jurídica es la frontera con la que se topa la filodoxía. Este tipo de investigación no va más allá de los límites que impone el conjunto normativo concebido como patrón de conducta debida. Como subraya U. Cerroni (1978, 140), el método dogmático que caracteriza a la filodoxía «unas veces se ve obligado a recurrir a la filosofía, otras a la historia, siempre de un modo acrítico, pues no tiene otra alternativa para superar los límites citados y llegar a un conocimiento explicativo, es decir, verdaderamente científico, de los fenómenos que está sometiendo a examen».

La predeterminación funcional constituye en todo momento la razón de la especulación filodóxica. Es lo que Kantorowicz llama «pragmatismo conceptual» en la definición de lo que sea el derecho y que está encaminado a proporcionar una definición provechosa para la jurisprudencia (1964, 34-36). Esta es la razón que explica que la filodoxía se nutra, como demostró Kelsen de manera ejemplar, de la ficción. Ficción es toda representación cuyo valor de verdad se estipula por mediación de una creencia (E. Lynch,

1968, 43). Frente a ciertas características de lo ficticio, de aquello que sabemos falso, la razón adopta una posición extraña: aunque sepamos que aquello que oímos o leemos no es verdad, o que no puede serlo, de todos modos creemos en ello, es decir, le atribuimos el mismo rango y categoría de lo auténticamente verdadero. La ficción es una analogía de verdad: no se opone a la verdad sino que es un subproducto de ésta. Cuando el conocimiento de la verdad no sólo no es necesario, sino que es contraproducente –y esto acontece en las ocasiones en las que existe una predeterminación funcional de una actividad social– la ficción desempeña una labor sucedánea de la verdad. Según ha mostrado Vaihinger (1968) la característica más relevante de la ficción, además de su relación «violenta» con la realidad por cuanto implica una autocontradicción consciente y su tipicidad, son la provisionalidad y la mediación. La provisionalidad de la ficción, a diferencia de la atemporalidad del mito, le faculta para cambiar a medida que mutan las condiciones que explicaron su origen. O incluso cambia por efecto de las operaciones de pensamiento que, al avanzar en el proceso de conocimiento, descubre que las ficciones utilizadas hasta ese momento han dejado de tener sentido, han dejado de servir. La mediación muestra la capacidad de las ficciones para servir de nexo entre la consciencia de la irrealidad y la no menos consciente necesidad de una solución para un problema concreto. De este modo, las ficciones se convierten en medios para lograr un fin determinado, es decir, como señala Vaihinger, las ficciones son, ante todo, convenientes. La falsedad de una opinión, decía Nietzcshe, no es objeción suficiente para desestimarla. En la ficción el sujeto coloca una verdad simulada, una impostación que, respecto de lo verdadero, funciona como si lo sustituyese plenamente. De este modo, la ficción –el *como si*– tiene la virtud de habilitar a la creencia. Por eso, decía Vaihinger, «la ficción es el más práctico, el más consciente, y el más fructífero de los errores (1968, 94)

Tras lo visto no ha de extrañar que el punto de vista interno –la perspectiva emic– sea una premisa necesaria en este planteamiento. El punto de vista interno se convierte en garante del compromiso que el operador jurídico ha de mostrar con las instituciones del sistema para hacerlo funcional y operativo. C. S. Nino nos muestra este rasgo en lo que él llama «ciencia del derecho positivo» y que se corresponde exactamente con lo que aquí venimos llamando actitud metodológica o filodóxica respecto al derecho: «La llamada "ciencia del derecho positivo", que se propone como misión esencial la de auxiliar a la práctica jurídica, no puede sino adoptar el mismo punto de vista interno y partir de principios autónomos de justicia y moralidad social para inferir consecuencias aplicables a cada área del derecho. Al hacer esto, debería, a mi juicio, abandonar toda pretensión de neutralidad valorativa y dejar de lado métodos espurios de ocultamiento de opciones va-

lorativas bajo la apariencia de análisis conceptuales o descriptivos» (1994, 195). Como señala J. W. Harris, «el derecho no será capaz de cumplir sus funciones típicas de introducir estabilidad de expectativas y organizar la seguridad física y económica, a no ser que los funcionarios compartan de verdad una ideología común aprobando el marco constitucional en el que operan» (1980, 112-113). Aunque en principio pudiera pensarse que los destinatarios de la teoría de la dogmática son todos los ciudadanos de la sociedad, por cuanto se supone que deben conocer el derecho a cuyo cumplimiento están obligados bajo la amenaza de sanciones, los verdaderos destinatarios son los juristas prácticos, los administradores del derecho. La actitud y el conocimiento del ciudadano a este respecto es irrelevante. La filodoxía, al necesitar un punto de partida incuestionado, cual es la obligatoriedad de lo preceptuado en las normas, presupone siempre un compromiso con lo normativo; y este compromiso no es necesario sino en los que ofician la liturgia. Como en toda creencia, existe una fidelidad activa y otra refleja. Tanto Kelsen como Hart se han percatado de esta cruda realidad. El primero, al establecer que las normas jurídicas primarias –las sancionadoras, que son las únicas necesarias para la existencia de un sistema jurídico– están dirigidas a los jueces encargados de administrarlas. El deber ser que incorpora la norma no atañe al ciudadano, que a este respecto es libre de hacer lo que le parezca, sino al juez que sí tiene obligación de realizar la conducta que en la norma se estipula. El segundo, al reconocer que para la subsistencia del ordenamiento jurídico sólo se precisa la aceptación normativa –la crítica reflexiva acerca de lo preceptuado en las normas– de los órganos que aplican el derecho. Los ciudadanos basta con que obedezcan.

Por todo ello la filodoxía abandona la pretensión de generalidad en sus estudios. La inquietud teórica acerca de la naturaleza del derecho decae en favor de un planteamiento que intenta mostrar el funcionamiento de los contenidos concretos de los sistemas. La consideración pragmática del derecho hoy predominante muestra especial interés no en la indagación sobre el sentido, metas o fines que se propone alcanzar a través de determinados modelos de conducta mediante normas, sino en saber cuál es el Derecho vigente, el derecho que obliga realmente al individuo y al que debe ajustar su conducta.

Al tener como meta el estudio del significado y el alcance de los conceptos de la ciencia del derecho, la filodoxía se nutre principalmente de los instrumentos que proporciona la lógica y el análisis del lenguaje. Toda reflexión sobre el derecho que da por presupuesto el concepto mismo de derecho se ciñe a una crítica del lenguaje utilizado en las entidades lingüísticas que se presentan como derecho. Dado que cualquier planteamiento del derecho que inquiera por su obligatoriedad; esto es, por la capacidad que

tiene el derecho de convertirse en una pauta de conducta, es irrelevante a la hora de establecer un concepto filodóxico del derecho, el objeto propio de la filodoxía es el lenguaje en el que se hace consistir al derecho. Haciendo caso al Evangelio de Juan, la filodoxía estima que en el principio era el verbo. G. Robles nos da una muestra de esta estrategia. Cuando este autor se plantea la posible naturaleza del derecho para así acometer los problemas que se derivan de su comprensión nos dice: «El derecho es lenguaje (...) El derecho lo crea el hombre, es un producto típicamente humano, un artificio sin entidad corporal, pero no por ello menos real que las máquinas y los edificios. El derecho es el resultado de múltiples decisiones de los hombres cuya expresión sólo es posible *mediante palabras* (...) Si suprimimos las palabras suprimimos automáticamente el derecho» (1995, 105-106). La filodoxía es, a través de la crítica del lenguaje y la sistematización lógica del mismo, un metalenguaje que tiene por objeto analizar las entidades lingüísticas que se presentan como derecho. De este modo, la filodoxía cumple una función ordenadora y clarificadora cuyo objetivo no sería dilucidar la consistencia del derecho o la validez real de una prescripción, sino mostrar el significado de los enunciados jurídicos en cuanto se presentan como realidades efectivamente operativas. Por ello la naturaleza del derecho es, para la filodoxía, eminentemente lingüística. De ahí la preferencia generalizada de la filodoxía por la adopción de la postura analítica, lo que les lleva a multiplicar las divisiones con las que pretenden clarificar el estudio de los problemas objeto de examen. La concepción de la Filosofía del Derecho de Pattaro es representativa de la perspectiva filodóxica que estamos comentando. Partiendo de un enfoque netamente neopositivista Pattaro considera que la filosofía del derecho es un metalenguaje que tiene por objeto los enunciados y proposiciones de las ciencias jurídicas, los juicios de valor propuestos por las distintas deontologías y los enunciados normativos de los diversos operadores jurídicos. Ahora bien, para delimitar este amplísimo cometido que se asigna a la Filosofía del Derecho, añade Pattaro que desde un punto de vista metodológico no todos los metalenguajes sobre el Derecho son Filosofía del Derecho, sino sólo aquéllos que contribuyen a atribuir *orden, claridad y funcionalidad* al lenguaje jurídico (1978, 42). La conexión entre filodoxía y análisis funcional del derecho parece clara. La reflexión filodóxica se torna así en Teoría General del Derecho o en Teoría de la Ciencia Jurídica. En ambos casos, el estudio filodóxico está centrado en la reproducción de la creencia jurídica a través de la codificación normativa.

La Teoría General del Derecho se plantea el análisis de los caracteres estructurales del derecho, asumido o entendido como sistema de normas estructuradas con arreglo a ciertas relaciones formales. Cualquier conexión de la forma normativa con la realidad que le da origen es preterida. Con razón

dice Bobbio (1980, 71 y ss.) –entre nosotros también ha insistido sobre ello M. Atienza (1975, 4)– que la Teoría General del Derecho no es una disciplina propiamente filosófica. El poder habla en un lenguaje que la filodoxía no entiende. Por ello la labor de la teoría es, fundamentalmente, la de traducir ese lenguaje a otro inteligible. Para esta disciplina el derecho es sólo la forma que adopta la transmisión de la creencia. Se acepta, funcionalmente, que el derecho es un sistema estructurado de normas positivas. En palabras de J. A. García Amado, la Teoría General del Derecho trata de poner de manifiesto los caracteres básicos que conforman las normas jurídicas y los conceptos utilizados en el derecho y en la dogmática, así como de analizar las interrelaciones lógicas que presiden la incardinación de las normas en el sistema y las notas especificadoras de los sistemas jurídicos (1994, 134). Así, es posible distinguir dentro de la Teoría General del Derecho una Teoría General de las Normas y una Teoría del Ordenamiento Jurídico.

La primera de estas ramas se ocupa de los aspectos generales de las normas jurídicas, aisladamente consideradas. En concreto, su labor consiste en el análisis de las partes de los enunciados jurídicos que son comunes a todos los enunciados de una misma clase, cualquiera que sea la rama del ordenamiento jurídico en que los enunciados se presenten (Hernández Marín, 1993, 176). De esta forma la Teoría de las normas jurídicas determina el sentido compartido por todas las normas de una determinada clase, prescindiendo de los contenidos específicos de cada norma. En esto radica la diferencia de esta materia filodóxica y la dogmática jurídica. La Teoría General de las Normas presenta la totalización propia de una disciplina que, aunque no de manera genuina, pertenece al ámbito filosófico. Por otra parte, también es labor de la Teoría General de las Normas el análisis de la consistencia de las normas jurídicas como entidades lingüísticas específicas, así como su clasificación desde la perspectiva de la teoría del lenguaje.

La Teoría del Ordenamiento Jurídico se ocupa de las relaciones lógicas y jerárquicas de las normas previamente analizadas por la Teoría General de las Normas. Por ello el concepto fundamental sobre el que gira esta disciplina es el de *sistema*; esto es, la concreta relación de implicación que experimentan las partes normativas respecto del todo jurídico al que pertenecen y que, aquí convenimos con Kelsen, le es previo al menos conceptualmente. La unidad del sistema jurídico –o, en otras palabras, la posibilidad de identificar las partes como pertenecientes al sistema–, la coherencia entra las normas y la completud o incompletud del sistema son los temas clave que la Teoría del Ordenamiento Jurídico.

La Teoría de la Ciencia Jurídica es una «reflexión metajurídica sobre las prácticas jurídicas y los distintos saberes científicos y técnicos que tienen como objeto al derecho» (M. Atienza, 1985, 365). Dado que una ciencia del

derecho será, paradójicamente, una ciencia de la no-ciencia, pues lo que no puede estar fundado en razón –la creencia– es aquello sobre lo que se funda la autoridad política y la obedencia en que el derecho consiste, la Teoría de la Ciencia Jurídica parte de idéntica elipsis. Como quiera que la Ciencia Jurídica –la dogmática– se ocupa del derecho como un fenómeno aislado de la realidad que lo causa, la Teoría de la Ciencia Jurídica arrastra una misma desvinculación material. El que esta rama del saber filodóxico sea «razón crítica de la razón científica» (Gil Cremades, 1975, 68) no empaña lo que decimos. La reflexión sobre la dogmática jurídica y sobre la actividad propia de los juristas comparte con su objeto el dejar en suspenso toda cuestión referente a la validez del derecho o a su obligatoriedad. Por eso, decíamos, es ésta una disciplina que, al igual que la Teoría general del Derecho, pertenece al ámbito filodóxico. Al analizar los enunciados de la Ciencia del Derecho, la Teoría de la Ciencia Jurídica se convierte en un estudio del papel del sujeto en la actividad cognoscente, en un análisis del método y los procedimientos lógicos utilizados en la argumentación jurídica y en el trabajo de interpretación, aplicación y realización del derecho. La preocupación epistemológica sobre la posibilidad de juicios objetivos y racionales acerca del derecho es el interés preponderante de esta disciplina. Por decirlo en términos que nos reconduzcan a nuestra investigación, la Teoría de la Ciencia jurídica se ocupa ya no de la forma –que era cuestión de la Teoría General del Derecho– sino de las condiciones racionales que desarrolla la transmisión de la creencia jurídica.

Ahora bien, si estos temas filodóxicos agotan las posibilidades del análisis filosófico –tal pretende la concepción de la filosofía del Derecho de Pattaro, que es sólo muestra ejemplar de un nutrido grupo de filódoxos con vocación expansiva– entonces no existe la necesidad de hablar de una filosofía del derecho como disciplina completamente distinta de la dogmática. La dogmática tiene como misión purificar, completar y sistematizar el lenguaje del legislador (N. Bobbio, 1980, 174); y este es justamente el campo que la visión analítica –aunque atribuyéndole una dimensión metateórica– asigna a la filosofía del Derecho. Como señala Pérez Luño (1988, 115), la peculiaridad distintiva del análisis lingüístico filosófico en relación con el científico desaparece así por completo.

La relevancia de los análisis derivados de la teoría general del derecho y de la Teoría de la Ciencia Jurídica es mucha y parece indiscutible que los beneficios que se deducen de su uso –sobre todo en orden a desenmascarar algunos mitos persistentes que han dominado la doctrina de la interpretación jurídica para mantener el prestigio de la doctrina y de una jurisprudencia neutral y apolítica (L. Prieto, 1987, 599)– han de ser justamente ponderados. Sin embargo, la importancia no puede llevarnos a la reducción

–siempre por vía de mutilación– de la filosofía a la filodoxía. Como señala U. Cerroni, aunque no puede negarse la utilidad de estudiar la estructura técnica de la norma jurídica, «¿qué diríamos de un lingüista que comenzara por analizar y catalogar todos los sonidos perceptibles sobre nuestro planeta sin llevar a cabo esta distinción fundamental que convierte un conglomerado de sonidos en un lenguaje y sin preguntarse cómo un determinado sonido se *convierte* en miembro de un lenguaje humano? ¿Cómo podría llegar a comprender jamás no ya la *historia* de la lengua, sino la propia *gramática* de la lengua que se habla *en la actualidad*?» (1978, 106). La filodoxía, entendida como único punto de vista filosófico sobre el derecho, conduce a una estéril catalogación de los *sonidos* jurídicos. Por otra parte, incluso utilizando las armas propias de esta tendencia *filodoxizante* cabe impugnar la tentativa. El lenguaje, qué duda cabe, tiene una importancia decisiva para el análisis filosófico y es un buen comienzo para hacer filosofía desentrañar el significado de las palabras, es decir, sacarle las entrañas. Sin embargo, la filodoxía –que es la filosofía del derecho de los analíticos–, se complace en permanecer en las tripas de las palabras. De ahí que, frente a lo desabrido del ejercicio filosófico, la filodoxía muestre siempre un aspecto más *entrañable*.

En la actualidad, el fenómeno que Habermas (1987, I, 338) ha denominado muy gráficamente como *emigración de la moral al seno del derecho positivo* explica la tentativa de reducir la filosofía a filodoxía. El juicio moral sobre la justicia de la norma que había caracterizado el discurrir del pensamiento iusnaturalista es reemplazado por un juicio jurídico sobre la validez de la misma. Los problemas de fundamentación moral se desplazan hacia el conjunto del sistema: aceptado el marco institucional del sistema el resto de las derivaciones que se produzcan pasan a ser problemas jurídicos. El sistema jurídico sólo precisa para su legitimación de un conjunto de instituciones básicas capaces de fundamentarlo. A esto se refiere Habermas cuando afirma que «el efecto específico de la positivización del orden jurídico consiste en un desplazamiento de los problemas de fundamentación, es decir, en que el manejo técnico del derecho queda descargado, durante largos tramos, de problemas de fundamentación (Habermas, 1987, I, 338). Esto es, el derecho se presenta habitualmente como una simple concatenación de reglas técnicas que suscitan problemas igualmente técnicos. La filodoxía encuentra aquí no sólo un campo abonado para desplegar su método –que es legítimo y, además, necesario–, sino la oportunidad de absorber la posibilidad del análisis estrictamente filosófico. Y este es el verdadero peligro, pues la filodoxía –regocijada en la posibilidad de una fundamentación puramente procedimental– carece de los medios necesarios para plantearse el análisis crítico que la dimensión filosófica precisa.

Por otra parte, la admisión generalizada –sobre todo a partir de los análisis del realismo norteamericano– de que el derecho es un mecanismo de control social y, en consecuencia, la labor del jurista un tipo de ingeniería social (O. Weinberger, 1989, 81), puede conducir a establecer la primacía del aspecto filodóxico frente al filosófico. A esto se refiere A. Ollero cuando señala que «el viejo arte de preguntar, de no contentarse con la respuesta alcanzada, parece desfasado ante el predominio del nuevo dogmatismo de la ciencia. No es ya la verdad, sino la utilidad la capaz de dar sentido a la existencia humana. A la ciencia, porque «sirve», se la imagina como un entramado de certezas, olvidando que utilidad y falsedad no son incompatibles. La filosofía pierde crédito, porque difícilmente puede ser verdad algo que no sirve para nada» (1975, 248).

La «especulación en el vacío» y la «construcción ajena a lo jurídico» (L. Prieto Sanchís, 1987, 592), sirven muchas veces de coartada para la elusión del planteamiento filosófico. No debemos olvidar que, como señala J. R. Capella, «el derecho es un instrumento de poder político cuyo funcionamiento convierte en agentes suyos a sus operadores «técnicos» debido a que exige la adopción de decisiones de individualización y concreción por los juristas de las normas dictadas por el aparato jurídico político» (1985, 24). Por ello, la filodoxía necesita en última instancia una conexión con la filosofía. Es en la toma de conciencia de la falsificación que subyace en la filodoxía donde el pensamiento de la filosofía se hace crítico respecto de la validez, pretendidamente absoluta, del planteamiento filodóxico. Como acertadamente señala G. Bueno (1995, 70), toda filosofía crítica, según su propio concepto, no puede menos que proponerse como objetivo inmediato la trituración de los mitos oscurantistas que acompañan a las otras formas de filosofía –o, en este caso, a la filodoxía–. Aceptar sin más esta validez se convierte en una burda maniobra ideológica encubierta con la necesidad de asepsia que precisa el ejercicio de los afanados juristas. Por el contrario, traigamos a nuestro cauce a Horkheimer (1970, 36y ss.), el reconocimiento de las categorías que dominan la vida social debe conducir a la posibilidad de condenar esa vida social. Aunque la filosofía carece de la receta que permita sustraerse al hecho de lo existente, acaso sea posible que se imponga lo justo como resultado del conocimiento de lo falso.

III. POR EL CAMINO DE LA *ALETHEIA*

Hasta aquí hemos visto cómo la filodoxía se caracteriza esencialmente por dos notas. En primer lugar, la filodoxía está íntimamente conectada con la práctica jurídica por cuanto articula y hace inteligible el discurrir de la ciencia del derecho, de la dogmática. Al ser su meta el logro de operatividad de los conceptos manejados por los juristas la filodoxía tiene, *ab initio*,

una predeterminación funcional y utilitaria. En segundo lugar, la filodoxía se sirve exclusivamente del punto de vista interno, emic. Todos los enunciados que se derivan del análisis filodóxico presuponen la adopción de la perspectiva del participante en el rito –están formulados desde la creencia–. Veamos ahora cómo la filosofía del derecho invierte estas características.

La filosofía carece de predeterminación funcional. En palabras de Th. Viehweg, «la investigación filosófica (*investigatio philosophica*) es aquélla que no sólo permite sino que exige el cuestionar ilimitado y radical» (1985, 25). Por ello, la filosofía, constitutivamente, es una disciplina atea. Sólo cuando surge un modo de pensar que sustituye los principios de fe por modelos de conocimiento puede hablarse en propiedad de filosofía. La indagación sobre la realidad no puede tener predeterminación dogmática alguna. De forma paralela, la filosofía del derecho –lleva aquí razón F. González Vicén (1979, 210 y ss.)– tiene su punto de partida en la desvinculación de los dogmas hierocráticos que durante siglos habían atenazado la reflexión sobre el derecho en el occidente europeo. La interrogación filosófica, dice acertadamente C. Castoriadis, «no se detiene ante un postulado último que nunca pueda ser puesto en cuestión» (1988, 160). Muy al contrario, habíamos visto cómo la filodoxía presenta una desconfianza patológica de cualquier forma de examen crítico que cuestione las bases del análisis tradicional que, por definición, produce estabilidad. La verdad, no la utilidad, es el criterio que guía la investigación filosófica. En este sentido decía Popper que, para la filosofía, «los únicos fines intelectualmente importantes son: la formulación de problemas, la propuesta tentativa de teorías para resolverlos; y la discusión crítica de las teorías en competición. La discusión crítica enjuicia las teorías propuestas en términos de su valor intelectual o racional como solución al problema bajo consideración, como también en lo que respecta a su verdad o a su acercamiento a la verdad» (K. Popper, 1993, 31). La filosofía tiene desde sus inicios una clara vocación veredicente. En palabras de un inspirado Ortega, «la filosofía es un enorme apetito de transparencia y una resuelta voluntad de mediodía» (T.VII, 342). Esto no quiere decir que propugnemos, por utilizar la categorización de G. Bueno (1972, 235 y ss.), una implantación gnóstica de la filosofía. Muy al contrario, por el hecho de defender una filosofía inmersa en el presente, con su consiguiente implantación política, hemos de postular la ausencia de predeterminación funcional. No todo lo que suplanta la realidad es inútil. La doctrina absoluta que está en la base de la filodoxía resulta, de hecho, de gran utilidad. Sin embargo, la labor de la filosofía estriba en desenmascarar y restablecer la perspectiva de la verdad, aunque con ello se enerve la función utilitaria de la impostura filodóxica. La filosofía, al igual que la filodoxía, se construye sobre la experiencia jurídica (Pérez Luño, 1988, 111), pero en

ningún caso debe tener como fin colaborar en la construcción de la misma. Sólo de un modo oblicuo e incidental lleva razón Prieto Sanchís al afirmar que la labor del teórico versa sobre el derecho y, al mismo tiempo, forma parte del propio derecho (1987, 594).

Si el derecho es *creencia*, la filosofía del derecho debe estar formada por *ideas* que pongan de manifiesto ese carácter de creencia y extirpen la cotidianidad de la sólita obediencia. El filósofo, por definición, es *descreído*. En efecto, la filosofía del derecho surge siempre ante la duda, ante el hueco que suscita el mero ser consciente de la creencia en que consiste el derecho. El conocimiento, tanto en la Filosofía como en la Ciencia, tiene como presupuesto la duda. La aspiración a *estar* en lo cierto tiene como servidumbre el continuo estar en la duda. Ahora bien, si el derecho es creencia no habrá nada tan disolvente como la filosofía del derecho –lo mismo podríamos decir de la religión y la filosofía de la religión–. La tarea de la filosofía del derecho es cuestionar la creencia, abrirle un escotillón a través del cual poder entrever su origen y los elementos ideales que lo conforman.

Conste que al afirmar que el derecho es creencia lo estamos transformando en Idea. El solo pensar sobre el fenómeno del derecho como algo distinto a la realidad que nos envuelve transforma la creencia que es en teoría que nosotros postulamos. Al decir que el derecho es creencia, al reflexionar sobre la significación que esto implica, estamos intentando abolir su condición de tal o al menos sembrar dudas acerca su solidez. La creencia en que consiste el derecho no es más que tradición que la filosofía del derecho debe desenmascarar, devolver a su primitivo estatus de idea sólo reificada tras la imposición de fuerzas sociales dominantes.

El mal, decía Condorcet –haciendo suya la vieja idea de Spinoza–, procede de la escisión del género humano en dos clases: la de los hombres que creen y la de los hombres que razonan. La función de la filosofía, y en el caso que nos ocupa, de la filosofía del derecho, es precisamente la de enfrentarse a las creencias, la de sembrar el germen que da lugar a la duda y nos «libera de la tiranía de la costumbre» (B. Russell, 1992, 132). La filodoxía no tiene lugar para la duda, pues se basa en la «ciega adhesión a nociones gastadas» (I. Berlin, 1983, 42); la filosofía, por contra, se alimenta de ella. La caracterización que K. Popper hace de la función de la filosofía es pertinente a este respecto, siempre y cuando hagamos una pequeña salvedad que consiste en atribuir al grupo lo que el filósofo inglés vincula puramente al individuo. Popper explica el papel crítico que desempeña la filosofía partiendo de la idea de que todo el mundo tiene una determinada precomprensión, unos «prejuicios» filosóficos respecto de los cuales no plantea el individuo cuestión alguna. Son ideas preconcebidas que operan de base inicial para examinar las cuestiones de las que se ocupa. Y por eso,

porque sirven para enjuiciar, no son sometidas a juicio alguno; porque son sustento de la crítica, ellas mismas son acríticas. En palabras de Popper, la actividad intelectual del hombre se fundamenta en ideas que «inconscientemente se dan por sentadas, o que [el individuo] ha absorbido del ambiente intelectual o de la tradición» (1979, 64). Como certeramente señalan A. Ayer y A. Naess, «la filosofía es una actividad consistente en la puesta en tela de juicio de las creencias aceptadas, tratando de encontrar criterios y de evaluarlos; tratando de sacar a la luz las hipótesis que subyacen en el pensamiento, tanto el de índole científica como ordinaria y vulgar» (1981, 17).

No obstante, la dimensión utilitaria que es característica de la filodoxía ha sido tradicionalmente referida a la filosofía (J. Delgado Pinto, 1975, 41). «Una de las principales justificaciones de cualquier tipo de aventura intelectual, ha podido decir F. J. Ansuátegui, viene determinada por su utilidad» (1995, 181). Si esto fuese así, la filosofía del derecho debería proscribirse. La utilidad de una reflexión sólo se mide en función de su aplicación práctica y, en este sentido, la filosofía del derecho presenta una manifiesta inutilidad. Porque una cosa es que un determinado tipo de reflexión contribuya al esclarecimiento de ciertas cuestiones y que, por tanto, se justifique dicha especulación, y cosa muy otra es que esa investigación tenga una utilidad práctica, orientada funcionalmente a la consecución de un fin productivo. De hecho, las muestras aducidas de la supuesta utilidad de la filosofía son siempre manifestaciones del pensar filodóxico. Así, tanto R. M. Hare –cuando establece la pertinencia del conocimiento de los procedimientos lógicos y de argumentación por parte de los legisladores (1989, 2)–, como C. S. Nino –cuando refiere la influencia de los trabajos académicos en la práctica jursprudencial (1993, 91 y ss.)–, están en realidad hablando de la utilidad que presenta el conocimiento proporcionado por la filodoxía. La realidad, si bien no es siempre racional –lo contrario fue maliciado por la derecha hegeliana tergiversando el *dictum* de su maestro–, sí representa un implacable tribunal de las ideas. En este sentido, los que opinan que la filosofía del derecho es un conocimiento útil e indispensable para la preparación del jurista deberían echar un vistazo a cualquier temario de oposiciones para el ingreso en la función pública y constatar la completa ausencia de algo que se asemeje a la «totalización trascendental crítica» (G. Bueno, 1970, 113) o «totalidad abarcante», en palabras de K. Jaspers, que se predica del saber filosófico. Pensar que la filosofía del derecho es un instrumento indispensable para la formación práctica del jurista es incurrir en un platonismo jurisprudente. J. Austin, en su conocido opúsculo *Sobre la utilidad del estudio de la jurisprudencia*, defendía la necesidad de introducir conocimientos derivados de la ciencia de la legislación –vale decir filosofía del derecho– en la formación de los jurisperitos que desempeñaren funciones

prácticas para que, de este modo, se evitasen «leyes injustas e imperfectas» (1981, 71). No sabemos hasta qué punto este *desideratum* obedecía a la necesidad de justificar su acceso a la cátedra de *Jurisprudence* o a una cierta candidez, pero lo cierto es que al segundo año de haber iniciado su labor docente Austin tuvo que renunciar a su cargo por falta de alumnos. Sólo cuando cae desde la impresionante altura de la realidad cobra el idealismo conciencia de sus dislates.

En contra de lo señalado por J.-L. Gardiés, consideramos falso que sea «casi imposible imaginar una sociedad provista de un derecho que no posea al mismo tiempo una filosofía del derecho, e igualmente casi imposible imaginar un jurista que no sea al propio tiempo filósofo del derecho, a menos que esa sociedad o este jurista pretendan desviar deliberadamente su atención de los problemas que de modo inevitable les plantea su actividad cotidiana. Dado que ningún jurista tiene la posibilidad de escapar, de modo duradero, a una toma de posición metajurídica, dado que la filosofía del derecho no puede dejar de existir y manifestarse, al menos a partir del momento en que surge y se hace presente el mismo derecho, no cabe realmente otra actitud razonable para el jurista que la de hacer lo más honestamente posible aquello que no tiene libertad de no hacer» (1962, 118). De modo muy similar, señala J. Parain-Vial que más vale que los juristas hagan conscientemente filosofía, en lugar de hacerla inconscientemente, ya que su trabajo teórico y su experiencia práctica, de modo inevitable, les llevará a hacerla» (1962, 144). Vayamos por partes. En primer lugar, se confunde operación ideológica con práctica filosófica. Si sustituyésemos en los textos anteriores el término *filosofía* por *ideología* nada habría que objetar. Hoy parece fuera de toda duda que la actividad jurídica presupone siempre una toma de postura ideológica y que, en sí misma, es ideología. El jurista es un operador político en tanto que operador jurídico (F. J. Ansuátegui, 1995, 178) hasta el punto de que la *iuris-dictio* es más bien *iuris-facio*. Como certeramente señala L. Ferrajoli, «también aquellos jueces que sostienen que la función judicial "debe" ser apolítica, hacen política en el ejercicio de sus funciones, consciente o inconscientemente; y por lo tanto, el compromiso deontológico de la apoliticidad del juez es, en realidad, un postulado "ideológico" detrás del cual se esconde una determinada política de la justicia» (1973, 106). En este sentido, sí es cierto que el jurista es necesariamente ideólogo y, dado que esto es así, conviene que al menos sea consciente de que su quehacer no es una cirujía incontaminada. Ahora bien, si en realidad los autores no se refieren a la ideología, sino a la filosofía en sentido estricto, entonces lo dicho por ellos carece de sentido. El jurista no sólo no tiene por qué realizar una reflexión filosófica sobre su actividad, sino que su propia condición de jurista le impide actuar al tiempo como filósofo del dere-

cho. Podrá, ciertamente, desvincularse de su saber togado y acometer la azacanada reflexión filosófica, pero no porque «no tenga libertad de no hacerlo», menos aún porque su profesión vaya ligada intrínsecamente a la especulación caracterísica de la filosofía –tal mantiene Legaz Lacambra cuando habla de la «ineludibilidad» para la formación del jurista de una «reflexión en el nivel más alto y distante de los temas que por de pronto abordan a través de su ciencia» (1975, 136). Jurisprudencia y filosofía no son labores complementarias, sino, las más de las veces, excluyentes. La filosofía implica, en última instancia, cuestionamiento radical de los principios de obediencia de todo sistema. Y el jurista –que no en vano es experto en el manejo de la *dogmática* jurídica– precisa partir de la indubitada obediencia a la norma: en eso radican su profesión y su coartada. Obediencia como cuestión u obediencia como dato. Esa es la alternativa que tenemos en presencia. Un jurista puede hacer filosofía, pero no hay juristas-filósofos. Al igual que acontece con los teólogos de la liberación –que cuando hacen teología no liberan y cuando liberan no hacen teología– el jurista filósofo es figura inédita y contradictoria.

Si la actitud filosófica fuera extendida a la práctica del jurista y a la vida cotidiana del ciudadano la operatividad del derecho se vería seriamente comprometida. Con la visión filosófica del derecho pasa algo muy similar a lo que acontece con la imagen que del mundo, según la divertidísima versión de Eddington, tiene la física: «Estoy en el umbral de la puerta, a punto de entrar en mi cuarto. Lo cual es una empresa complicada. En primer lugar tengo que luchar contra la atmósfera que pesa con una fuerza de un kilogramo sobre cada centímetro de mi cuerpo. Además debo procurar aterrizar en una tabla que gira alrededor del sol con una velocidad de 30 kilómetros por segundo; sólo un retraso de una fracción de segundo y la tabla se habrá alejado kilómetros. Y semejante obra de arte ha de ser llevada a cabo mientras estoy colgado, en un planeta en forma de bola, con la cabeza hacia fuera, hacia el espacio, a la par que por todos los poros de mi cuerpo sopla un viento etéreo a sabe dios cuánta velocidad. Tampoco la tabla tiene una sustancia firme. Pisar sobre ella es como pisar sobre un enjambre de moscas. ¿No acabaré por caerme? No, porque si me atrevo y piso, una de las moscas me alcanzará y me dará un empujón hacia arriba; caigo otra vez y me empuja hacia arriba y así sucesivamente. Puedo por tanto esperar que el resultado total sea mi permanencia siempre aproximadamente a la misma altura. Pero si por desgracia y a pesar de todo cayese al suelo o fuese empujado con tanta fuerza que volase hasta el techo, semejante accidente no sería lesión alguna de las leyes naturales, sino una coincidencia extraordinariamente improbable de casualidades. Cierto es que es más fácil que un camello pase por el ojo de una aguja que un físico traspase el umbral de una

puerta. Tal vez fuera más prudente acomodarse a no ser más que un hombre corriente, entrando simplemente por una puerta, en lugar de esperar a que se hayan resuelto todas las dificultades que van unidas a una entrada por entero libre de objeciones». De la misma forma, la descarnada y descreída visión filosófica no puede ser extendida a la experiencia cotidiana que del derecho los hombres tienen.

Por otra parte, es precisamente la inutilidad la que puede dar cuenta de la intención crítica de la filosofía. Si hemos de dar algún crédito a eso que parece delinear los contornos de la filosofía del derecho a fin de tamizar la arena que enrarece la cal de la expresión «espíritu crítico» debemos partir de la consideración de la filosofía como conocimiento inútil, enfrentado a la concepción práctica y funcional que parece dirigir la actividad jurídica. En efecto, es un lugar común apreciar la dimensión crítica de la filosofía en general y de la filosofía del derecho en particular: «Mientras los hombres nos conformemos con lo dado donde pudiéramos asumir las riendas, sigue teniendo la filosofía la función crítica y liberadora que, por su mismo *status* epistemológico, no pueden asumir las ciencias» (A. Cortina, 1990, 31); «La filosofía tiene fundamentalmente una función y se justificará de hecho si la cumple: se trata de la crítica» (Laporta, Hierro, Zapatero, 1975, 118); «El único papel que (...) puede desempeñar en las facultades de derecho es ser estímulo y conciencia crítica del Derecho y del saber dogmático (...) No parece discutirse que la función de la signatura es contribuir a formar un jurista capaz de abrir su mente más allá de la normatividad empírica, atento a los intereses y valores sociales implicados en el derecho, en definitiva, consciente de la técnica que domina» (Prieto, 1987, 592-596); «La filosofía del Derecho se ocupa de plantear, discutir y resolver críticamente el problema de la justificación del derecho» (R. Maciá, 1975, 206). En idéntico sentido dice E. Díaz (1975, 50) que la Filosofía del Derecho se constituye «como una teoría crítica del Derecho y una teoría crítica de la justicia: una teoría crítica de los sistemas de legalidad y una teoría crítica de los sistemas de legitimidad». Es una incongruencia reclamar para la filosofía un papel fundamental en la educación universitaria y, al mismo tiempo, partir de una concepción utilitaria de la misma. Si bien es verdad que «mientras que para la producción de leguleyos, jurisperitos y rábulas puede, perfectamente, omitirse toda referencia a la consideración crítico valorativa que la perspectiva filosófica de los problemas jurídicos comporta» (Pérez Luño, 1982, 90), no es menos cierto que esa consideración crítica debe enfrentarse a la servidumbre práctica que –muchas veces para rescatar a la filosofía del ostracismo académico– se intenta hacer propia de una actividad filosófica «preparada para los nuevos tiempos». Si queremos evitar la formación «de un técnico operativo y acrítico capaz de utilizar las normas a la perfección,

pero ignorante de las implicaciones sociales y políticas de su labor» (Prieto Sanchís, 1987, 595) debemos afirmar sin ambages la vocación de inutilidad de la filosofía. No olvidemos que la filosofía propende a la superficialidad; esto es, a sacar a la superficie lo que antes estaba soterrado y operando sólo de manera latente. Y esto casi siempre entorpece la consideración utilitaria que subyace en la creencia jurídica. Extirpar la creencia en las cosas que parecen más seguras produce las más de las veces un efecto disfuncional al que la filosofía no puede renunciar.

En el ámbito filosófico el término *crítica*, aunque no tiene inicialmente la significación propia del lenguaje vulgar, ya que se trata de separar y sistematizar más que de deshacer un error o denunciar una insuficiencia (M. Miaille, 1980, 18), tiene que acoger de algún modo esta significación. Si bien la crítica, considerada en su estructura lógica, se constituye como una operación que tiene que ver con la clasificación, en tanto incluye la discriminación, la distinción y la comparación (G. Bueno, 1995, 43) –y en este caso la crítica es parte de la labor ontológica–, no puede evitar que, en última instancia, la síntesis y la sistematización a que da lugar no se produzcan en el vacío y, por tanto, en el desarrollo de su actividad, la crítica siempre conduce a un enfrentamiento con el fenómeno que disecciona –y en este caso la crítica equivale a una labor axiológica–. La realidad, antes del análisis filosófico, se nos presenta como un hecho bruto, y el mero proceder filosófico consistente en aportar criterios donde no había sino ciego seguimiento redunda en la dimensión crítica, en el sentido coloquial del término. No debemos olvidar que, casi con toda probabilidad, la reflexión filosófica acerca del derecho surgió de la oposición frontal al poder.

En efecto, el surgimiento de la filosofía del derecho podría imaginarse mediante la *situación del desobediente*. Apuntemos la posible escena de modo esquemático. Una sociedad se rige por los designios incuestionados de una persona que basa su autoridad bien en una capacidad especial, bien en algún rasgo de gracia mística, bien por la perpetuación de una estirpe de mando. De pronto, al establecer la autoridad alguna orden que se extralimita del uso acostumbrado –una orden ab-usiva– alguien se plantea el porqué de la vinculación entre la orden y la obediencia que se supone correlativa. Esto es, critica el fundamento del poder y cuestiona su obediencia. No resulta arriesgado aventurar que nuestro díscolo personaje, acto seguido, cae abatido por la mano que representa al orden. Como acontece en casi todos los aspectos de la experiencia humana, la filosofía del derecho tiene una génesis trágica. La filosofía del derecho, entonces, no sólo es saber secundario por ir referido a saberes previos, sino que también es saber *secundario* por cuanto el primer filósofo del derecho vivió como tal unos pocos segundos. Tenemos así planteado el problema fundamental de la filosofía del de-

recho, que no es otro que el del cuestionamiento de la obediencia o, lo que es lo mismo –bien que *sensu contrario*–, el del cuestionamiento crítico de la obligatoriedad. En esta misma línea, la obra de Soper (1993) – maltratada, por cierto, por una pésima traducción tan sólo superada por el desastroso cuidado editorial con que se nos presenta–, muestra una sugerente vinculación entre filosofía del Derecho e idea de obligatoriedad como concepto clave para elucidar lo que la primera sea.

Ya sabemos que, desde sus orígenes, la filosofía surge como un pensamiento enfrentado a la opinión dominante: a aquella cuyo fundamento es indiscutido por cuanto se ve respaldado por el peso de la tradición. Por ello, la filosofía es, constitutivamente, un pensar beligerante y revoltoso. Como apunta G. Bueno, una filosofía crítica no es una alternativa que se presente entre otras varias alternativas posibles, ofreciéndose en actitud tolerante al gusto del público, «sino que es una alternativa *que se ofrece contra las otras*» (1995, 71). En esta misma línea dice Gil Cremades (1975, 70) que toda filosofía debe ser, en primer lugar, provocativa y, en segundo lugar, desinteresada. En efecto, la filosofía no tiene un interés en que las cosas sean de determinada manera. Ahora bien, desinterés no significa indiferencia. Más bien todo lo contrario. Precisamente porque entendemos la filosofía en clara conexión con la praxis, la filosofía no puede confundir la negación ideal de una realidad con la negación de la existencia de esa realidad. La praxis necesita conocer las determinaciones de hecho que constituyen la realidad. Desinterés es, entonces, sinónimo de predisposición intelectual para mejorar e incluso revolucionar nuestro saber sobre las cosas. Nada debe impedir que en esa búsqueda podamos toparnos con ciertas conclusiones que conmuevan las creencias más íntimas sobre las que se asienta la convivencia social. El desinterés por encontrar algo concreto en el derecho –con la posibilidad de encontrar algo desazonante– es la causa de la ausencia de predeterminación funcional de la filosofía que venimos tratando. Esto es, el desinterés es la actitud que preside la inutilidad potencial de la filosofía del derecho. La prevención de A. Koestler (1967) respecto del comunitarismo es perfectamente trasladable al funcionalismo filodóxico «Yo siempre he insistido en que los impulsos egoístas del hombre constituyen un peligro histórico mucho menor que sus tendencias integradoras. Para decirlo de la manera más sencilla: el individuo que incurre en un exceso de autoafirmación agresiva es castigado por la sociedad, se proscribe a sí mismo, se elimina de la jerarquía. El verdadero creyente, por otra parte, queda más íntimamente enlazado a ella: entra en el seno de su iglesia, o del partido, o del conjunto social que sea, y rinde a ella su identidad».

La función de ingeniería social que desarrolla el jurista no sólo no encuentra, sino que no puede encontrar utilidad alguna en el estudio filosófi-

co, pues diferentes son las directrices que guían el quehacer de los juristas, que son por definición preservadores del orden –como *militia legum*, trasunto jurídico de la *militia armata* de todo Estado– y el de los filósofos, que a su vez son reacios al mantenimiento de todo orden que se sustente simplemente por ostentar cualidad de tal. En este sentido lleva razón I. Berlin al caracterizar la filosofía como actividad «socialmente peligrosa, intelectualmente difícil, a menudo dolorosa e ingrata, pero siempre importante» (1983, 42). El ser inútil –el no tener como meta resolver ningún problema práctico– es precisamente la utilidad que ha de darse a la filosofía. En cuanto el filósofo tiene en su horizonte el adoctrinamiento, la «preparación para la vida» o, *more* Boecio, la consolación de los infortunios, se convierte automáticamente en cómplice de lo estatuido. Porque la doctrina, la vida y el infortunio no precisan de vates, sino debates. La crítica filosófica no puede constituir ni una ideología de reconciliación con el presente ni una condenación apocalíptica o ética de lo existente (G. Bueno, 1995, 48). De ahí que, en contra del programa que defiende Legaz Lacambra, y que pasa por «hacer una Filosofía Jurídica que sea *atractiva* para los juristas» (1975, 136), defendamos la necesidad de hacer un filosofía jurídica, si no *desagradable*, sí, al menos, reacia a la lisonja. De lo contrario estamos condenando a la filosofía del derecho a convertirse en una filosofía de la ley como depósito inagotable de la certeza teórica imprescindible para los juristas. El paso de filósofo a «apologeta bien cebado» (J. R. Capella, 1995, 175) es pequeño y, digámoslo con –y como– Martín Fierro, hay que vivir *advertío pa* no pisar el palito, hay pájaros que, solitos, se entrampan por *presumíos*.

La filosofía, además de una total ausencia de predeterminación funcional –y por ello– precisa de una formulación etic. En esto sí concuerdan ciencia y filosofía. Las instituciones que el hombre construye tienen una función material que no se puede desentrañar desde el universo simbólico que la propia institución crea. Toda institución, como ha sabido ver J. R. Searle, se constituye a partir de reglas constitutivas que crean realidades a partir de la imposición de un estatus al que se vincula una función por medio de la intencionalidad colectiva (1997, 61). Ahora bien, por el mero hecho de que nos educamos en una cultura en la que se da por sentada la institución no somos conscientes de su verdadera ontología. Es más, en multitud de ocasiones la función que desempeña la institución no sólo no es perceptible rectamente desde los parámetros que nos brinda el desenvolvimiento de las reglas constitutivas creadas por la institución, sino que la imposición de la función, para que efectivamente lo sea, debe ser mal interpretada. Según vimos al estudiar el planteamiento filodóxico, este es el caso de la creencia jurídica. Esta es la razón por la que la filosofía debe incorporar los planteamientos propios de la sociología y asumir un punto de vista externo a la pro-

pia práctica que intenta explicar. Para comprender las componentes básicas del proceder económico en el sistema capitalista Marx tuvo que observar los mecanismos que regían las relaciones de producción obviando los conceptos regulativos que las explicaban institucionalmente. Los trabajadores, dirá Marx, dan fuerza a cambio de dinero y, al tiempo, producen más con su fuerza de lo que reciben a cambio. Con eso se explican los fenómenos de la explotación y de la plusvalía. Si nos atuviésemos a un análisis interno de la institución del contrato laboral la realidad de las relaciones que genera no podrían ser percibidas con corrección. Desde luego, la explicación institucional es más que suficiente para dotar de sentido la actividad del trabajador –es filodóxicamente correcta–, sin embargo, no constituye una respuesta filosófica por lo que tiene de impostura y de falsa conciencia. En concreto, Marx hablaba de fetichismo de la mercancía para referirse al espejismo que producía el interpretar la relación laboral como una relación entre una persona y una cosa, en vez de una relación de explotación entre dos personas. El filósofo del derecho, siguiendo el ejemplo de Marx, no puede contentarse con explicaciones que redunden en un fetichismo de la norma.

En este sentido –sólo en este sentido– el filósofo del derecho ha de ser profano en materia jurídica. Profano es aquél que se encuentra fuera del templo –*fanum*–, en el exterior del espacio consagrado; y no es ésta una significación locativa, sino que implica siempre una actitud consciente. El profano está fuera del templo bien porque alguien le impide disfrutar de los supuestos bienes que allí se dispensan, bien porque el sujeto en cuestión se abstiene de entrar al considerar que, en efecto, los bienes ofrecidos eran sólo supuestos. En el primer caso, al profano se le margina, en el segundo, es el profano quien opta por esa catalogación; pero, en cualquiera de ambas situaciones, el profano permanece fuera mediante una práctica consciente. Postergación o extrañamiento. Estas son las dos situaciones que caracterizan al filósofo del derecho cuando afronta la contemplación del templo jurídico.

La primera de ellas es de sobras conocida y, como quiera que no depende de la actitud del filósofo agente sino de la reacción de la sociedad hacia él, no interesa entrar en la cuestión. Baste con recordar el general desprecio con que el gremio de juristas acoge las consideraciones filosóficas acerca de su actividad. Apunta Bobbio –intentando exonerar al jurista de cierta desidia antifilosófica– que no es que el jurista sea hostil a la filosofía del derecho, sino que «en general es hostil a la filosofía del derecho que no comprende y de la que no entresaca utilidad» (1962, 10). Claro que si tenemos en cuenta que, con frecuencia, el jurista no comprende la filosofía del derecho y que, cuando lo hace, no saca de ello provecho alguno, el rechazo es absolutamente generalizado. A lo sumo se adopta un comprensivo paterna-

lismo con la opinión marginal, aunque las más de las veces la opinión filosófica es tenida por sinónimo de especulación inútil por cuanto teórica, atrevida por cuanto indocumentada e impertinente por cuanto extraña al mundo propiamente jurídico. A este respecto el filósofo del derecho es considerado profano en el sentido de ser persona lega –palabra que curiosamente comparte idéntico origen y trayecto: *lego* proviene de *laico* y dio en significar «desconocedor de algo»–, neófita en asuntos jurídicos. Al filósofo del derecho sólo le es permitida la entrada al templo con carácter de visita turística.

La segunda situación, que es la que aquí nos atañe, es la que incumbe a la actitud del filósofo que *motu proprio* se mantiene ante el edificio del derecho sin traspasar su propileo. Precisemos desde ahora que no es esta una posibilidad que un filósofo pueda elegir. El filósofo del derecho, si en verdad lo es, debe adoptar esta actitud. Esto no quiere decir que aquél que se sitúa fuera de los muros del templo deba ignorar lo que acontece tras ellos. Muy al contrario, por el hecho de haberlos traspasado alguna vez y haber conocido los ritos y ceremonias que allí se celebran se torna imprescindible la externa situación. Este viaje al interior del templo jurídico es completamente indispensable. Ya dijimos que la filosofía era siempre saber de segundo grado por cuanto presupone y trabaja sobre unos saberes previos. Asimismo, también nos consta la integración de la perspectiva emic dentro de la totalización etic propia de la filosofía. Como indica L. Prieto (1987, 597), para evitar que la filosofía se convierta en un cuerpo extraño en el marco de la cultura moderna y particularmente en las facultades de Derecho, sin duda deberá ofrecer algo distinto de la llamada ciencia del derecho, pero no contradictorio con ella –en el sentido de ser una especulación al margen de la realidad–. Conviene subrayar, por ello, que el carácter profano de la filosofía que aquí mantenemos no tiene que ver con la figura del filósofo que Platón delineó en la llamada «digresión del *Teeteto*» y que consistía en propugnar el alejamiento del filósofo del ágora, de la plaza pública, de los lugares en los que se sustancia la vida política y jurídica de la *polis*. La filosofía del derecho tiene en el material jurídico tanto su objeto de crítica como su punto de partida. Ahora bien, siguiendo en esto a A. Kaufmann (1992, 27), si en la filosofía del derecho al jurista le compete plantear las interrogantes, en tanto que al filósofo le concierne encontrar las respuestas, no es menos cierto que las interrogantes se plantean dentro del templo y las respuestas se encuentran fuera de él. En cualquier caso, ambas situaciones se integran en la totalidad filosófica. Por ello, la dicotomía que establece Bobbio (1962, 5) entre la filosofía del derecho escrita por filósofos y la filosofía del derecho escrita por juristas –es decir, entre filósofos juristas y juristas filósofos– no es, en primer lugar, pertinente y, caso de que lo

fuera, la prelación que Bobbio establece estipulando la superioridad explicativa de la filosofía del derecho realizada por juristas no parece correcta.

En efecto, la división entre la pura especulación racionalista que aplica modelos filosóficos prescindiendo del conocimiento positivo del derecho y el estudio empírico del material jurídico no puede ser una disyuntiva (Pérez Luño, 1988, 107). El filósofo del derecho ha de partir del conocimiento ya no tanto del contenido de un ordenamiento específico –aunque también–, sino del conocimiento de la concreta práctica social que supone vivir en un contorno jurídico. Ahora bien, ese conocimiento básico propio del punto de vista interno no es suficiente para lograr una genuina percepción filosófica. Al igual que acontece con la teoría antropológica, que se ve obligada a adentrarse en una práctica social a través de la información de los participantes con el objeto de reelaborar luego una explicación del fenómeno ajena a los mismos, el filósofo del derecho precisa alejarse de la significación primera que el orden jurídico despierta en la sociedad para reinterpretarla en términos que describan de modo cierto esa realidad. La filosofía del derecho, acierta al decir L. Prieto, es «una disciplina desintoxicadora de los estudios jurídicos» (Prieto Sanchís, 1987, 595). La filosofía del derecho, en cuanto se preocupa principalmente del problema ontológico, procura siempre una posición de extrañamiento y trata de cuestiones externas al ordenamiento; esto es, de cuestiones que afectan y ponen en entredicho al propio marco jurídico sistemático con el que opera. La misión del filósofo es la de pro-fanar el derecho, esto es, ha de sacar las reliquias del templo, expulsar a los predicadores y juzgar los sermones sin el contagio que supone la contemplación de todo ello dentro del recinto sagrado. Para discutir de religión no se puede ir a un concilio, hay que concertar una reunión en un terreno neutral. Si nos adentramos en el estudio del derecho desde una sede interna corremos el riesgo de ser atrapados por la *vis atractiva* de las normas cuando se convierten en dogmas –este es el fetichismo normativo al que nos referíamos–, algo que inevitablemente ocurre en este tipo de contemplación. Los dogmas son normas cuyo carácter vinculante es admitido porque van tácitamente sobreentendidas en otras normas cuya validez ha sido ya reconocida. Como decía Kant al inicio de su *Crítica de la Razón pura*, el procedimiento dogmático opera sin crítica previa de su propia capacidad. Todo tratadista de una disciplina dogmática parte de presupuestos que acepta como verdaderos sin previo examen, pensando a partir de los datos que le son dados (*ex datis*). No se plantea lo que el derecho es en su último fundamento, ni en qué circunstancias es posible el conocimiento jurídico (A. Kaufmann, 1992, 27). Por utilizar la terminología de Bacon, el método dogmático propio de la filodoxía utiliza *notiones vulgares* o *praenotiones*; esto es, se alimenta de *idola*, de una especie de fantasmas que, siguiendo a

Durkheim, desfiguran el aspecto de las cosas y que, sin embargo, tomamos por las cosas mismas (1995, 72). De esta forma, apunta H. Kantorowicz, se forma un cuerpo de normas cuya coherencia constituye su propia garantía (1964, 69). Y la coherencia no es otra cosa que la corrección formal en las relaciones entre normas cuya validez no se cuestiona. La argumentación propia de la dogmática es siempre inmanente al sistema, lo que supone dejar intangible y reforzado al sistema vigente. En otras palabras, cuando se está en el interior del templo, del *fanum*, el *pro-fanus* se transforma inconscientemente en *fana-ticus*, en alguien inspirado por el Dios que habita en el templo a él consagrado. Y la filosofía no puede aceptar jamás principio alguno que se manifieste como revelación.

Por otro lado, aún suponiendo que esta duplicidad de estudios fuese una alternativa posible en la filosofía del derecho, la preferencia que muestra Bobbio «hacia las obras de los juristas que se elevan a la filosofía más que hacia la de los filósofos que se rebajan hasta el mundo del derecho» (1962, 6) es injustificada. La perspectiva analítica que subyace en la tipología del jurista filósofo es sin duda necesaria para la ciencia jurídica y, sin embargo, resulta inoperante para la teoría filosófica del derecho en la que obligadamente se ha de acudir a una perspectiva sintética. Si no fuera así, la separación que realiza Bobbio entre una teoría del derecho encargada de indagar el concepto de derecho y una teoría de la ciencia jurídica que tiene como objeto la interpretación y aplicación de las normas carecería de sentido. Bastaría con establecer los procedimientos intelectuales adoptados por los juristas en el entendimiento del derecho para hallar, en la misma operación, el concepto de derecho.

La negación de la filosofía del derecho como aplicación de las categorías filosóficas al derecho –tal hace Bobbio reivindicando una cierta autonomía del pensamiento puramente jurídico– es una tendencia, muchas veces disfrazada de lucha realista y antimetafísica, cada vez más extendida y que conduce a la interdicción del punto de vista externo, etic, que aquí hemos asimilado a la perspectiva genuinamente filosófica. Dworkin es el mejor representante de esta corriente que ve en el punto de vista externo una ciega y despistada metodología inútil para cualquier juicio que tenga que ver con el derecho «real» –resulta paradójico que las teorías «internistas» acudan con tanta frecuencia al expediente de la realidad como criterio verificador del conocimiento cuando su base epistemológica está constituida en su mayor parte por la más absoluta idealidad–. El punto de vista externo es tomado por ocioso e inane pasatiempo: «La motivación [de la Teoría del derecho] para estudiar exclusivamente el comportamiento (...) es comparable al impulso que conduce a realizar crucigramas y rompecabezas» (Soper, 1993, 23). También Alexy en su interminable definición de lo que es dere-

cho reconoce abiertamente que está elaborada «desde la perspectiva del participante y es, por lo tanto, una definición jurídica del derecho» (1994, 123). *Sensu contrario*, toda aquella definición que se pretenda desde el punto de vista externo ya no será defectuosa, simplemente no será jurídica. Con la eliminación de la perspectiva externa la filosofía del derecho pierde su razón de ser y se consolida la absorción de la filosofía por parte de una filodoxía que proyecta su método más allá de sus límites específicos. A la filosofía lo que es de la *aletheia* y a la metodología lo que es de la *doxa*. Muy lejos de esta prorrata, las anteojeras del compromiso parecen guiar el rumbo actual de una filosofía del derecho que, en puridad, ha dejado de serlo.

La filosofía del derecho es, puede ser, otra cosa. Reivindiquémosla.

BIBLIOGRAFÍA

Alexy, R. (1994): El concepto y la validez del derecho. Barcelona, Gedisa.

Ansuátegui Roig, F. J. (1995): «Sobre algunos rasgos caracterizadores de la Filosofía del Derecho». En: Anuario de Filosofía del Derecho, XII.

Atienza, M. (1975): «Ontología del Derecho versus Metafísica del Derecho». En: La Filosofía del Derecho en España, Anales de la Cátedra Francisco Suárez, nº 15.

– (1985): Introducción al derecho. Barcelona, Barcanova.

Austin, J. (1981): Sobre la utilidad del estudio de la jurisprudencia. Madrid, Centro de EstudiosConstitucionales.

Ayer, A. y Naess, A. (1981): «El vaso sobre la mesa: un empírico contra una visión total». En: F. Elder (ed.), La filosofía y los problemas actuales. Madrid, Fundamentos.

Berlin, I. (1983): Conceptos y categorías (Ensayos filosóficos). Madrid, Fondo de Cultura Económica.

Bobbio, N. (1960): *Teoria dell'ordinamento giuridico*. Torino, Giappichelli.

– (1962): «*Nature et fonction de la Philosophie du droit*». En: *Archives de Philosophi du Droit*, 7.

– (1980): Contribución a la filosofía del derecho. Valencia, Fernando Torres.

Bueno, G. (1970): El papel de la filosofía en el conjunto del saber. Madrid, Ciencia Nueva.

– (1972): Ensayos materialistas. Madrid, Taurus.

– (1995): ¿Qué es la filosofía? Oviedo, Pentalfa.

Bulygin, E. (1988): «¿Hay vinculación necesaria entre derecho y moral? «. En: Derecho y Moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo. R Vázquez (Ed.). Barcelona, Gedisa.

Capella, J. R. (1975): «Sobre las perspectivas de la Filosofía del Derecho». En: La Filosofía del Derecho en España, Anales de la Cátedra Francisco Suárez, nº 15.

– (1985): «La crisis actual de la enseñanza del derecho en España». En: La enseñanza del Derecho. Zaragoza, Seminario de profesores de la Facultad de Derecho.

– (1995): «Democratización y neonaturalismo». En: Doxa, nº 17-18.

Castoriadis, C. (1998): El ascenso de la insignificancia. Madrid, Cátedra.

Cerroni, U. (1978): Introducción a la Ciencia de la Sociedad. Barcelona, Grijalbo.

Cortina, A. (1990): Ética sin moral. Madrid, Tecnos.

Delgado Pinto, J. (1975): «Los problemas de la Filosofía del Derecho en la actualidad». En: La Filosofía del Derecho en España, Anales de la Cátedra Francisco Suárez, nº 15.

Díaz, E. (1975): «Legitimidad crítica y pluralismo ideológico». En: La Filosofía del Derecho en España, Anales de la Cátedra Francisco Suárez, nº 15.

Durkheim, E. (1995): Las reglas del método sociológico y otros escritos sobre filosofía de las ciencias sociales. Madrid, Alianza Editorial.

Ferrajoli, L. «*Magistratura democratica e l'esercizio della funzione giuduzaiaria*». En: *L'uso alternativo del diritto*, vol. I, Roma-Bari.

Fisher, L. y Werner, O.: «*Expaining Explanation: Tension in American Antrhopology*». En: *Journal of Antropological Research*, nº 34.

Friedländer, P. (1989): Platón. Verdad del ser y realidad de vida.

Friedman, L. M. (1994): «*Is there a Modern Legal Culture*?». En: *Ratio Iuris*, vol. 7, nº 2.

García Amado, J. A. (1990): «Algunas consideraciones sobre la filosofía del derecho y su posible sentido actual». En: Anuario de Filosofía del Derecho, VII.

– (1994): «La Filosofía del Derecho y sus temas. Sobre la no necesidad de la teoría del Derecho como sucedáneo». En: Persona y Derecho. El estatuto de la Teoría del Derecho, Vol. I, nº 31.

Gardies, J. L. (1962): «*Qu'este-ce que la Philosophie du Droit*? En: *Archives de Philosophie du Droit*, 7.

Gianformaggio, L. (1994): Estudios sobre Kelsen. México, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política.

Gil Cremades, J. J. (1975): «Un futuro posible de la filosofía del derecho». En: La Filosofía del Derecho en España, Anales de la Cátedra Francisco Suárez, nº 15.

– (1985): «La Filosofía del derecho en España (1960-1985)». En: Anales de la Cátedra de Francisco Suárez, nº 25.

González Vicén, F. (1979): «La Filosofía del Derecho como concepto histórico». En: Estudios de Filosofía del Derecho (1979). La Laguna, Universidad de La Laguna.

Habermas, J. (1987): Teoría de la acción comunicativa (II vols.). Madrid, Taurus.

Hare, R. M. (1989): «*The Role of Philosophers in the Legislative Process*». En: R. M. Hare, Political Morality. Oxford, Clarendon Press.

Harris, J. W. (1980): *Legal Philosophies*. London, Butterworths.

Harris, M. (1983): Introducción a la antropología general. Madrid, Alianza Editorial.

– (1985): El materialismo cultural. Madrid, Alianza Editorial.

– (1987): El desarrollo de la teoría antropológica. Una historia de las teorías de la cultura. Madrid, Siglo XXI.

Hernández Marín, R. (1993): «Concepto de la Filosofía del Derecho». En: Anuario de Filosofía del Derecho, X.

Horkheimer, M. (1970): Sobre el concepto de hombre. Buenos Aires, Editorial Sur.

Hughes, G. (1974): «Validez y norma básica». En: Hans Kelsen (1881-1973). Revista de Ciencias Sociales, Universidad de Chile, Valparaíso, n. 6.

Kantorowicz, H. (1964): La definición del derecho. Madrid, Revista de Occidente.

Kaufmann, A. (1992): «Filosofía del derecho, Teoría del derecho y Dogmática Jurídica». En: A. Kaufmann (et al.) El pensamiento jurídico contemporáneo (1992). Madrid, Debate.

– (1994): «En torno al conocimiento científico del derecho». En: Persona y Derecho, nº 3.

Kelsen, H. (1982): ¿Qué es Justicia? Barcelona, Ariel.

Koestler, A. (1967): *The Ghost in the Machine*. New York, The Macmillan Company

Laporta, F., Hierro, L. y Zapatero, V. (1975): «Algunas observaciones sobre la situación de la filosofía del derecho en la actualidad». En: La Filosofía del Derecho en España, Anales de la Cátedra Francisco Suárez, nº 15.

Legaz Lacambra, L. (1962): «*Qu'este-ce que la Philosophie du Droit*? En: *Archives de Philosophie du Droit*, 7.

– (1975): «Problemas de la actual filosofía del derecho». En: La Filosofía del Derecho en España, Anales de la Cátedra Francisco Suárez, nº 15.

López Calera, N. (1975): «Filosofía del Derecho: crítica y utopía». En: La Filosofía del Derecho en España, Anales de la Cátedra Francisco Suárez, nº 15.

– (1992): Filosofía del Derecho. Granada, Comares.

Lynch, E. (1988): «El conocimiento falso». En: Los cuadernos del norte, nº 48.

Maciá Manso, R. (1975): «Crítica del conocimiento filosófico-jurídico». En: La Filosofía del Derecho en España, Anales de la Cátedra Francisco Suárez, nº 15.

Miaille, M. (1980): *Une introduction critique au Droit*. París, F. Masperó.

Nino, C. S. (1993): Algunos modelos metodológicos de la ciencia jurídica. México, Fontamara.

– (1994): Derecho y Moral. Una revisión de la Teoría General del Derecho. Barcelona, Ariel.

Russell, B. (1992): Los problemas de la filosofía. Barcelona, Labor.

Ollero, A. (1975): Una filosofía jurídica posible». En: La Filosofía del Derecho en España, Anales de la Cátedra Francisco Suárez, nº 15.

Ortega y Gasset, J.: Obras Completas (Tomo VII). Madrid, Ediciones de la Revista de Occidente.

Parain Vial, J. (1962): «*Qu'este-ce que la Philosophie du Droit*? En: *Archives de Philosophie du Droit*, 7.

Pattaro, E. (1978): *Filosofia del Diritto. Scienza giuridica*. Bologna, CLUEB.

Pérez Luño, A. E. (1982): «La filosofía del Derecho y la formación de los juristas». En: Sistema, nº 49.

– (1988): Lecciones de Filosofía del derecho. Presupuestos para una filosofía de la experiencia jurídica. Sevilla, Departamento de Filosofía del Derecho y Derecho Natural.

Platón (1993): La República. Madrid, Espasa Calpe.

Popper, K. (1979): «Cómo veo la filosofía». En: La lechuza de Minerva. ¿Qué es filosofía? Ch. Bontempo y S. Jack (comps.), Madrid, Cátedra.

– (1993): Búsqueda sin término. Una autobiografía intelectual. Madrid, Tecnos.

Prieto Sanchís, L. (1987): «Un punto de vista sobre la filosofía del derecho». En: Anuario de Filosofía del derecho, IV.

Robles, G. (1995): «¿Qué es la Teoría del Derecho?» En: Persona y Derecho, El estatuto de la Teoría del Derecho, Vol. II, nº 32.

Russell, B. (1992): Los problemas de la filosofía. Barcelona, Labor.

Saavedra, M. (1994): Interpretación del Derecho y Crítica Jurídica. México, Fontamara.

Sacristán, M. (1968): Sobre el lugar de la filosofía en los estudios superiores. Barcelona, Nova Terra.

Searle, J. R. (1997): La construcción de la realidad social. Barcelona, Paidós.

Soper, Ph. (1989): «*Legal Theory and the Claim of Authority*». En: *Philosophy & Public Affairs*, 18:3.

– (1993): Una Teoría del Derecho. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

Vaihinger, H. (1968): *The Philosophy of As-If. London*. Rouyledge and Kegan Paul.

Viehweg, Th. (1985): «Sobre la relación entre Filosofía del Derecho, Teoría del Derecho y Dogmática Jurídica». En: Tópica y Filosofía del Derecho. Barcelona, Gedisa.

Weinberger, O. (1989): «*Les théories institutionnalistes du droit*». En: P. Amselek y Ch. Gregorczyck (dirs.), *Controversies autour de l'ontologie du droit*, París, PUF.

Thomas Gutmann

«"KEEPIN 'EM DOWN IN THE FARM AFTER THEY'VE SEEN PAREE": CONTRADICCIONES DE LA CONCEPCIÓN COMUNITARISTA DEL DERECHO»

DOXA 22 (1999)

«KEEPIN 'EM DOWN IN THE FARM AFTER THEY'VE SEEN PAREE»: CONTRADICCIONES DE LA CONCEPCIÓN COMUNITARISTA DEL DERECHO*

Thomas Gutmann
Universidad de Munich

La *Teoría de la justicia* de John Rawls marcó, a comienzos de los años setenta, una nueva fase en el desarrollo de la filosofía política y social liberal de base deontológica. Asimismo, la discusión sobre dicha obra operó como un catalizador para el renacimiento de toda una serie de concepciones *críticas* al liberalismo, las cuales aparecen reunidas bajo el término del «comunitarismo», denominación en la que vienen a confluir posiciones filosóficas y sociológicas de muy diversa índole. De entre los planteamientos incluidos en esa denominación, pueden citarse, por ejemplo, la filosofía de la virtud de Alasdayr MacIntyre, originalmente aristotélica y en la actualidad decididamente tomista; la ontología de la comunidad de Michael Sandel; la antropología hermenéutica de Charles Taylor, inspirada sobre todo en Hegel, pero también en Heidegger y en el último Wittgenstein; la pretensión de Martha Nussbaum de fundar una «socialdemocracia aristotélica»; los intentos sociológicos, si bien con aspiraciones normativas, del equipo de Robert Bellah de revitalización de las bases republicanas y bíblicas de Norteamérica; la «radicalmente particularista» teoría de la justicia de Michael Walzer; el «liberalismo posmoderno burgués», de orientación pragmática, de Richard Rorty, y, por último, la democracia participativa de base popular de Benjamin Barber. Esta diversidad es indicativa, además, de que ese término «comunitarismo» es, en realidad, una atribución realizada por la literatura secundaria, ajena, por lo general, a los propios autores citados. Como autodescripción, dicho término es sólo empleado –además de por Michael Sandel [1]– por el brazo político del «movimiento», reunido en torno al economista Amitai Etzioni, y apenas vinculado al núcleo de la dis-

* Publicado originalmente en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 1997, pp. 37 ss. Traducción del alemán por Rafael Alcácer Guirao (Departamento de Derecho Penal. Universidad Complutense de Madrid). Siguiendo la redacción del autor, las citas en inglés han permanecido en su idioma original.

cusión filosófica [2]. Por otra parte, la adición que normalmente suele hacerse del prefijo «neo» al adjetivo «comunitarista» [3], revela también que el fenómeno se trata sobre todo de un *revival*: los argumentos del círculo de los «comunitaristas» se sustentan primordialmente [4] en las inagotables fuentes del neoaristotelismo [5], en Hegel y su crítica a Kant centrada en la idea de la eticidad sustancial {*substantiellen Sittlichkeit*}, o en la tradición del «republicanismo cívico», cuyos antecedentes genealógicos gustan estos autores de situar desde en Aristóteles y Rousseau, hasta en Jefferson, pasando por Maquiavelo [6], y entre los cuales suele figurar también el nombre de Hannah Ahrendt [7]. En este sentido, no puede hablarse de *la* escuela comunitarista, pues no todos los autores citados sostienen por igual todas y cada una de las tesis que vienen a conformar el síndrome comunitarista.

Una primera diferencia genérica puede establecerse a partir de la clasificación que Sheila Benhabib hace de las posiciones comunitaristas en «integracionistas» y «participativas» [8]. Los comunitaristas *integracionistas* parten, en general, de que la anomia propia de las modernas sociedades sólo puede enmendarse con la revitalización de valores sustanciales, a través de una verdadera comunitarización {*Vergemeinschaftung*}, y un retroceso al menos parcial en la tendencia de la diferenciación social; en consecuencia, para este sector, antes que la protección de los derechos y libertades individuales, la atención prioritaria se dirigirá a la protección de la integridad de

---

[1] Michael Sandel, *Introduction,* en, el mismo (editor), *Liberalism and Its Critics,* New York, 1984, pp. 1 ss. (5 ss.)

[2] Cfr. sobre todo Amitai Etzioni, *The Spirit of Community. Rights, Responsibilities and the Communitarian Agenda,* New York, 1993 (p. 18: «Sé un comunitarista - Enrólate al movimiento»); y, el mismo, (editor), *New Communitarian Thinking,* Charlottesville, 1995, así como la revista cuatrimestral *The Responsive Community. Rights and Responsibilities.*

[3] Cfr. Amy Gutmann, *Communitarian Critics to Liberalism,* en *Philosophy and Public Affairs* 14 (1985), pp. 308 ss., citado aquí según la traducción alemana: *Die Kommunitaristischen Kritiker der Liberalismus,* en Axel Honeth (editor), *Kommunitarismus. Eine Debatte über die moralischen Grundlagen moderner Gesellschaften,* Frankfurt/New York, 1993, pp. 68 ss.

[4] Cfr. Michael Sandel, *Introduction* (nota 1), p. 7. Sandel no menciona la influencia del pragmatismo norteamericano, por ejemplo, en relación a Richard Rorty, a Benjamin Barber o a Michael Walzer.

[5] Cfr. sobre ello Herbert Schnädelblacht, *Was ist Neoaristotelismus?,* en el mismo (editor), *Zur Rehabilitierung des Animal rationale. Vorträge und Abhandlungen,* 2, Frankfurt/Main, 1992, pp. 205 ss.

[6] Cfr. J.G.A. Pocock, *The Machiavelliean Moment. Florentine Political Thought and the Atlantic Republican Tradition,* Priceton, 1975.

[7] Cfr. en especial Hannah Ahrendt, *Über die Revolution,* München/Zurich, 1974.

[8] Vid. Sheila Benhabib, *Autonomy, Modernity, and Community. Communitarianism and Critical Social Theory in Dialogue*; en Axel Honeth (editor), *Zwischenbetrachtungen im Prozeb der Aufklärung. Jürgen Habermas zum 60. Geburstag,* Frankfurt/Main, 1989, pp. 373 ss. (pp. 385 ss.).

los vínculos comunitarios. Es a esta concepción a la que se dirigirá el grueso de las siguientes consideraciones.

La línea trazada por Benhabib secciona, además, la misma tradición del *civic republicanism.* La rama *participativa*, dentro de la que puede destacarse a Benjamin Barber, no ahorra, ciertamente, críticas sobre la naturaleza privatista de la «democracia liberal», pero no comparte los afectos antimodernos y «nostalgias republicanas» (Barber) de Hannah Ahrendt o Leo Strauss[9]. Por el contrario, asume como un hecho la diferenciación y el pluralismo social presentes en las modernas sociedades, con los conflictos a ello inmanentes, y concibe la sociedad, en lugar de como un preexistente horizonte valorativo o una identidad histórica, como el ámbito público donde tiene lugar la común participación política de ciudadanos activos[10]. Esta teoría de la democracia radical, en la estela de un Rousseau reconciliado con la modernidad[11], tiene puntos de contacto con el «nuevo revival republicano» en la teoría constitucionalista americana[12], con la lectura democrática radical de la filosofía del Derecho de Kant realizada por Ingeborg Mauss[13], así como, en aspectos puntuales, con el concepto de la democracia deliberativa de Jürgen Habermas[14]. En cualquier caso, las objeciones que contra esta concepción se han interpuesto por parte de las teorías «realistas» de la democracia, no pertenecen ya a la discusión sobre el comuni-

---

[9] Cfr. sobre ello la dura crítica de Benjamin Barber a Alasdair MacIntyre, en Barber, *The Conquest of Politics. Liberal Philosophy in Democratic Times,* Princeton 1988, pp. 177 ss.

[10] Cfr. Benjamin Barber, *Strong Democracy. Participatory Politics for a New Age*, Berkeley, 1984; citado según su traducción al alemán : *Starke Demokratie,* Hamburg, 1994, pp. 31 ss., 100, 104, 122 ss., 142 ss., 152 ss., 219.

[11] Vid. también Benjamin Barber, *The Conquest of Politics* (nota 9), pp. 12 ss.

[12] Vid., por ejemplo, Frank Michelmann, *Law's Republic,* en *The Yale Law Journal* 97 (1988), pp. 1493 ss., 1495 («I will contend {...} that republican constitutional thought is not indissolubly tied to any static, parochial or coercive communitarianism»); Cass R. Sunstein, *Beyond the Republican Revival,* en *The Yale Law Journal* 97 (1988), pp. 1539 ss. Cfr., en relación a este tema, la exposición crítica de Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung*. *Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtstaats*, Frankfurt/Main, 1992, pp. 324 ss. Cfr. también Stephen A. Gardbaum, *Law, Politics, and the Claims of Community*, en *Michigan Law Review* 90 (1992), pp. 685 ss. (749 ss.), y Paul W. Kahn, *Community in Contemporary Constitutional Theory*, en *The Yale Law Journal* 99 (1989), pp. 1 ss.

[13] Ingeborg Maus*, Zur Aufklärung der Demokratietheorie. Rechts- und demokratietheoretische Überlegungen im Anschlub an Kant,* Frankfurt/Main, 1992, pp. 148 ss., 274 ss., 298 ss. Según Maus, Kant vincula la vigencia y validez del Derecho *únicamente* a la base procedimental y democrática de su génesis. El Kant «rousseauficado» de Maus parece por tanto fundar los derechos de participación sobre todo en la actividad de legislador. Maus coincide aquí con Michael Walzer y con Benjamin Barber en la confrontación crítica entre la filosofía de expertos y la democracia participativa, y especialmente en la crítica de que la teoría de Rawls conlleva el peligro «de independizar la justicia de los esquemas óptimos de distribución de los procedimientos democráticos de establecimiento de los criterios de distribución» (p. 43). Cfr. sobre esto la similar argumentación de Barber en *The Conquest of Politics* (nota 9), pp. 54 ss.

[14] Cfr. Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung* (nota 12), especialmente pp. 349 ss.

tarismo. Lo que el presente trabajo pretende es poner de manifiesto que los argumentos fundamentales del comunitarismo «integracionista», debido a sus limitaciones teóricas, no pueden erigirse en alternativa a la fundamentación posconvencional de la ética y al Estado de Derecho liberal. Sin pretensión de fundamentar esta última opción citada, se intentará demostrar que el conjunto de las argumentaciones teóricas del comunitarismo incurre en contradicciones básicas y que, ya en el nivel de teoría del actor moral (1), ya en el de la metaética (2), ya, por último, en el de la teoría de la sociedad (3), está sostenido en presupuestos tanto descriptivamente inadecuados como normativamente poco convincentes.

1. La tesis de la constitución

La argumentación del comunitarismo se inicia con una crítica a las bases antropológicas «atomísticas» de la reciente filosofía social «liberal». Según esta primera tesis comunitarista, los hombres permanecen siempre ontogenéticamente inmersos en sus comunidades, las cuales, por tanto, poseen un carácter esencial, y no meramente accidental, para la construcción de la identidad de los mismos.

(1) El *locus classicus* de esta nueva discusión, históricamente reconducible a la idea aristotélica del hombre como *zoon politikon* [15], es la crítica de Michael Sandel a la Teoría de la Justicia de John Rawls [16]. A la concepción de Rawls (la cual a estas alturas no necesita ser presentada) objeta Sandel que su derivación contractual de los principios básicos de la justicia institucional está basada en una antropología filosófica que concibe al sujeto como un «yo radicalmente desvinculado» que elige libremente y sin impedimentos sus intereses, sus necesidades, sus vínculos e incluso su propia identidad, y que, en este sentido, es «anterior» a sus fines y objetivos [17]. Pero la teoría de Rawls es empleada por Sandel sólo como *pars pro toto*; su crítica, en última instancia, sostiene que toda concepción deontológica de la ética desde Kant, y más allá de ello, toda teoría filosófico-jurídica o ética que parta de la primacía de los *derechos* individuales y de principios básicos y universalizables de justicia frente a las representaciones sobre lo *bueno* de la comunidad, está metodológicamente obligada a asumir dicho yo «aislado» y voluntarista [18]. La tesis principal de Sandel radica en que, en consecuen-

[15] Cfr. Aristóteles*, Politik,* 1253a.

[16] Michael Sandel, *Liberalism and the Limits of Justice*, Cambridge 1982; el mismo, *Die verfahrensrechtliche Republik und das ungebundene Selbst,* 1984, en, Axel Honneth (editor), *Kommunitarismus* (nota 3), pp. 18 ss.

[17] Cfr. Sandel, *Liberalism* (nota 16) , pp. 15 ss, 54 ss.

[18] Cfr. Sandel, *Liberalism* (nota 16), pp. 1 ss., 156 ss. Sandel, acertadamente, agrupa esta familia teórica basada en la argumentación universalista y procedimentalista bajo la denominación de «liberalismo deontológico»

cia, todas estas concepciones deben ser rechazadas, puesto que los hombres, ya desde una perspectiva fenomenológica, no pueden ser concebidos y percibidos como esos entes noumenales que la tradición deontológica [19] desde Kant hasta Rawls (y Habermas) pretende que sean [20]. A la hora de reconocernos a nosotros mismos como actores morales debemos, por el contrario, preguntarnos siempre por nuestra identidad, y ello no puede hacerse sino a través de descubrir introspectivamente la comunidad en que vivimos, que con su concepción particular de lo bueno es constituiva de dicha identidad: «And in so far as our constitutive self-understandings comprehend a wider subject than the individual alone, whether a family or tribe or city or class or nation or people, to this extent they define a community in the constitutive sense» [21].

(2) De forma similar a Sandel, aunque bajo explícitas premisas aristotélicas, parte Alasdair MacIntyre del «hecho» de que «el yo debe encontrar su identidad moral en y a través de su pertenencia a comunidades como la familia, la vecindad, el Estado o la casta» [22].

(3) Por último, Charles Taylor, guiado por su reconstrucción de la idea hegeliana de la eticidad {*Sittlichkeit*} [23], e inspirado además por el *Ser y tiempo* de Heidegger y por la filosofía de los juegos del lenguaje del Wittgenstein de las *Investigaciones filosóficas*, desarrolla una variante filosófico-lingüística de la tesis de la constitución. Para Taylor, el mundo del actor social viene determinado por su forma de vida y por su historia. Esos contextos o «marcos» han formado una base cognitiva y normativa para la autocomprensión de los sujetos, los cuales tuvieron que permanecer parcialmente opacos para éstos. La consecuente constatación de que el actuar sólo puede ser un «actuar intervenido» {*beteiligtes Handel*}, desmiente por tanto la representación dominante en el «racionalismo moderno», asumida como un hecho de sentido común por nuestra civilización, de que el yo puede adoptar una «mirada desde ninguna parte» (Thomas Nagel [24]) que tras-

---

[19] La crítica comunitarista da por supuesta la solidez de la crítica deontológica al utilitarismo; en cualquier caso, no parece tomar en serio las posiciones consecuencialistas. Cfr. Sandel, *Liberalism* (nota 16) pp. 2 ss. ; Charles Taylor, *The Diversity of Goods*, en, el mismo, *Philosophical Papers,* volumen 2*,* Cambridge 1985, pp. 230 ss., así como Alasdair MacIntyre, *After Virtue. A Study in Moral Theory*, Notre Dame 1981, citado aquí por la traducción alemana: *Der Verlust der Tugend. Zur moralischen Krise der Gegenwart*, Frankfurt a. Main / New York, 1987, pp. 89 ss.

[20] Vid. Sandel, *Liberalism*, (nota 16), p. 14.

[21] Sandel, *Liberalism*, (nota 16), p. 172

[22] Alasdair MacIntyre, *Der Verlust der Tugend* (nota 19), p. 295.

[23] Charles Taylor, *Hegel*, 1975, Frankfurt a. Main, 1993 (2ª edición), pp. 492 ss., 506 ss., 537 ss.

[24] Thomas Nagel, *The View from Nowhere*, Oxford 1986.

cienda ese trasfondo [25]. En particular, la idea del yo como un actor responsable lleva, según Taylor, implícita la imagen de un sujeto que, más allá de meras preferencias, es capaz de establecer valoraciones a partir de «valores fuertes», es decir, capaz de una auténtica autointerpretación de su propia vida como un todo [26]. Pero esos valores fuertes no pueden ser fruto de una elección radical, sino que, por un lado, deben formar parte del sentido uniforme de la propia biografía como una «narración» con sentido; por otro, sólo pueden existir en el ámbito de su articulación lingüística. El lenguaje, a su vez, sólo existe y perdura en el seno de comunidades de lenguaje como formas concretas de vida, en las que al mismo tiempo se ha conformado un horizonte valorativo. Taylor, a partir del postulado de Wittgenstein relativo a la imposibilidad de los lenguajes privados, llega, así, a la conclusión «trascendental», de que la experiencia de la propia identidad moral ha de venir siempre ontogenéticamente constituida por la existencia de previas y concretas comunidades [27].

Límites del poder normativo de lo fáctico

La tesis de la constitución, como crítica fundamental a los sostenes normativos del Estado de Derecho liberal, no viene a ofrecer en realidad lo que prometía:

(1) *En primer lugar*, se agota en una discusión irrelevante. Un atomismo extremo, que sostiene que la teoría jurídica y social debe asumir al hombre en su existencia presocial y que el significado de la socialización surge de la nada, puede encontrarse en la antropología social micológica de Thomas Hobbes [28], en algunas partes de la teoría de la decisión racional y en algunas concepciones libertarias extremas en la estela de Locke, entre quienes, como claro exponente, figura el primer Robert Nozick [29]. Pero la ase-

[25] Cfr. Charles Taylor, *Lichtung oder Lebensform. Parallelen zwischen Wittgenstein und Heidegger*, en Brian McGuiness et. alt., *Der Löwe spricht... und wir können ihn nicht verstehen. Ein Symposion an der Universität Frankfurt anläßlich des hundertsten Geburtstags von Ludwig Wittgenstein*, Frankfurt a. Main 1991, pp. 94 ss. Cfr. también, el mismo, *Sources of the Self. The Making of the Modern Identity,* Cambridge 1989, pp. 34 ss.

[26] Charles Taylor, *What is Human Agency*?, en el mismo, *Philosophical Papers,* volumen 1, Cambridge 1985, pp. 15 ss. En su traducción al alemán: *Was ist menschliches Handeln?,* en el mismo, *Negative Freiheit. Zur Kritik des neuzeitlichen Individualismus*, Frankfurt a. Main 1992, pp. 9 ss.; del mismo autor, vid. *Self-Interpreting Animals,* en el mismo, *Philosophical Papers,* volumen 1, Cambridge 1985, pp. 45 ss.; así como, por último, Sandel, *Liberalism* (nota 16), p. 160.

[27] Cfr. Taylor, *Sources of the Self* (nota 25), pp. 26 s., 35 ss., 40, 47s.; del mismo autor, ya en, *Hegel and Modern Society*, Cambridge 1979, pp. 157 ss.

[28] Thomas Hobbes, *De Cive*, 8.1, en *Vom Menschen - Vom Bürger*, Hamburg 1977, p. 161: «hemos de admitir que los hombres –de igual forma que las setas– habrían surgido y crecido en la tierra sin previas obligaciones entre ellos».

[29] Robert Nozick, *Anarchy, State, and Utopia*, New York 1974.

veración de que las teorías liberales o deontológicas vienen obligadas a asumir como punto de partida metodológico una imagen del hombre como un yo presocial va desencaminada. Ni la teoría de la justicia como imparcialidad de John Rawls [30] ni la teoría de la acción comunicativa de Habermas, por poner dos ejemplos, están dirigidas a la fundamentación moral del intercambio de intereses entre espíritus noumenales [31], sino que parten de individuos conformados a través de sus lazos y vínculos, y motivados por concretos intereses. Prácticamente ninguna postura teórica niega la importancia de una socialización dependiente de los mundos de vida para la educación moral, ni tampoco el hecho de que previamente a las posibilidades de individualización {*Individuierung*} de los sujetos exista una conformación ontogenética a través de las instancias de socialización e internalización de las formas convencionales de la moral [32]. Pero de los postulados deontológicos poskantianos, relativos al convencimiento de que el individuo, a partir de un determinado grado de su desarrollo moral, adquiere la capacidad de reflexionar y de poner en cuestión las convicciones morales vigentes en su ámbito de existencia, y de aprender «a distinguir entre normas vigentes y normas válidas, entre normas fácticamente reconocidas y normas *dignas* de reconocimiento» [33], extraen Sandel y MacIntyre el erróneo presupuesto de que ese proceso sólo es posible para individuos que ya estuvieran «previamente individulizados {*individuiert*}» [34], es decir, que nunca hubieran experimentado la socialización ni hubieran desarrollado vínculos sociales no contingentes [35].

(2) *En segundo lugar*, dado que el reproche sobre el atomismo carece de fundamento, la tesis de la constitución se enfrenta al dilema de que, o bien no es apta para cumplir su función de crítica al liberalismo o bien no puede ser ya considerada plausible. Si admite espacio para una autonomía moral individual, deja intactas las bases tanto de las teorías deontológicas como de las liberales, las cuales afirman la preeminencia prima facie de los

---

[30] Taylor, no obstante, excluye explícitamente a Rawls del reproche del atomismo. Cfr. *Legitimation Crisis*?, en *Philosophical Papers*, volumen 2, Cambridge 1985, pp. 248 ss. (p. 274, nota 9); en alemán: *Negative Freiheit?* (nota 26), pp. 235 ss. (273).

[31] En este sentido, Alasdair MacIntyre, *How Moral Agents Became Ghosts or Why the History of Ethics Diverged from that of the Philosophy of Mind*, en *Synthese* 53 (1982), p. 295 ss.

[32] Cfr. Jürgen Habermas, *Individuierung durch Vergesellschaftung. George Herbert Meads Theorie der Subjektivität,* en, el mismo, *Nachmetaphysisches Denken*, Frankfurt a. Main 1992, pp. 187 ss.

[33] Jürgen Habermas, *Moralbewußtsein und kommunikatives Handeln*, Frankfurt a. Main 1983, pp. 137 ss.

[34] Sandel, *Liberalism* (nota16), pp. 149, 160.

[35] Cfr. también la mención de Rawls, en *Political Liberalism*, New York 1993, p. 26 ss.; y Will Kymlicka, *Liberalism, Community, and Culture*, Oxford 1989, pp.47 ss.

derechos individuales. Como propuesta alternativa sólo puede entonces servir si se parte del bien común de la socialización y se postula la drástica tesis de que el contexto sociocultural, ya que conforma totalmente a los individuos, no es superable para los mismos como horizonte normativo, permaneciendo retenidos en ese *ethos* previamente dado. A diferencia de Taylor[36], tanto Sandel como MacIntyre parecen considerar deseable, en algunas de sus afirmaciones, la imposibilidad de una distancia reflexiva de los individuos[37]. Por lo demás, ello no sería, en cualquier caso, plausible, ya que lo cierto es que nosotros, al menos parcialmente, *podemos* claramente distanciarnos *en base a razones* del horizonte moral al que en nuestro medio social habitual nos hemos acostumbrado. Esto sencillamente conforma uno de los aspectos esenciales de nuestra autocomprensión y nuestra imagen de la subjetividad moral[38]: Todo puede ser cuestionado, si bien no todo al mismo tiempo. Para poder continuar admitiendo la tesis de la constitución, tanto Sandel como MacIntyre se ven obligados a admitir que los individuos pueden lograr un cierto grado de distanciamiento respecto del horizonte valorativo de sus formas de vida[39]. Pero ese distanciamiento permanece inmanente al ethos; en el caso de MacIntyre viene limitado a una mejor comprensión de las virtudes y roles ya prefijados; y en Sandel aparece siempre menospreciado por la recurrente advertencia de que ese distanciamiento pone en peligro al agente en su identidad[40] y que fuera de esa identidad previamente constituida por la comunidad, los individuos sólo estarán capacitados para perseguir representaciones deficientes, en tanto que arbitrarias, de la vida «correcta»[41]. Tanto para MacIntyre como para Sandel, ese pequeño ámbito de revisión de su identidad que se deja al sujeto debe ir diri-

---

[36] Cfr. Taylor, *Was ist menschliches Handeln?* (nota 26), pp. 41ss.; El mismo, *Sources of the Self* (nota 25), p. 37 ss.

[37] Vid., por ejemplo, Sandel, *Liberalism* (nota 16) pp. 143, 149 ss. Cfr. también Alasdair MacIntyre, *Intelligibility, Goods and Rules*, en *Journal of Philosophy* 79 (1982), pp. 664 ss.

[38] Sobre esto vid. también la crítica de Will Kymlicka, *Liberalism and Communitarianism*, en *Canadian Journal of Philosophy* 19 (1988), 181ss.(192 ss.); el mismo, *Contemporary Political Philosophy,* Oxford 1990, pp. 207 ss.

[39] Cfr. MacIntyre, *Der Verlust der Tugend* (nota 19), p. 295: «Debe tenerse en cuenta (...) que, del hecho de que el yo deba hallar su identidad moral en y a partir de su pertenencia a la comunidad (...), no debe concluirse que el yo deba reconocer las *restricciones* morales de cada comunidad (...) en el avance motivado por esas particularidades donde yace la búsqueda del bien, de lo universal. La idea de una huida de lo particular a un ámbito de principios completamente genéricos que pertenezcan, en cuanto tal, al hombre, es una ilusión» En similar sentido, Sandel, *Liberalism* (nota 16), pp. 57, 179 ss.: «As a self-interpreting being, I am able to reflect on my history and in this sense to distance myself from it, but the distance is always precarious and provisional, the point of reflection never finally secured outside history itself».

[40] Sandel, *Liberalism* (nota 16), p. 179.

[41] Sandel, *Liberalism* (nota 16), pp. 168, 180.

gido sobre todo a armonizar la parte de la persona inconscientemente conformada por la comunidad con los intereses y necesidades de ésta, a través de una adaptación consciente de los mismos a esa parte preconstituida [42]. Con ello, la idea de «autonomía» no denota ya el desarrollo individual de la conciencia, que pueda servir como base a una teoría de la atribución moral; desde un principio de moralidad {*Moralität*}, la autonomía es degradada a un principio de eticidad [43]. La idea de la «participación de uno mismo en la construcción de su identidad» (Sandel) [44] va referida sobre todo a la capacidad que les es exigida a los individuos de pulir los bordes individuales remanentes para un mejor acoplamiento con el todo.

Por otra parte, parece indudable que la tesis de la constitución se compone de un conglomerado de elementos metafísicos, ontológicos, psicológicos y normativos. Pero dado que ni Sandel ni MacIntyre se remiten a elaboradas fundamentaciones metafísicas, que expliquen por qué los individuos sólo puede ser accidentes en la sustancia de la comunidad, cabe la opción de entender la tesis de la constitución o bien como una proposición *prescriptiva* que defienda que los individuos deben estar integrados plenamente en la comunidad (véase *infra* 3); o bien como una cuestión psicosocial a decidir *empíricamente*. Pero el hecho es que ni Sandel ni MacItyre intentan poner en relación su propia ontología con el estado de la investigación en dicho ámbito teórico, ni persiguen fundamentar con el bagaje de la misma por qué los individuos no puede ser capaces de dejar atrás niveles convencionales de su desarrollo moral [45].

(3) En *tercer* y último lugar, la tesis de la constitución, desde una perspectiva normativa, carece de justificación. La pretensión de, a partir del hecho de que los hombres son seres socialmente constituidos, derivar que esas comunidades poseen prioridad valorativa sobre esos individuos, es sencillamente una falacia genética. La historia del desarrollo del individuo no determina su status moral [46]. Charles Taylor, quien también aquí se revela co-

---

[42] Cfr. Sandel, *Liberalism* (nota 16), p. 180: «In consulting my preferences, I have not only to weigh their intensity, but also to assess their suitability to the person I (already) am. [...] While the notion constitutive attachments may at first seem an obstacle to agency [...] some relative fixity of character appears essential to prevent the lapse into arbitrariness which the deontological self is unable to avoid».

[43] Cfr. Schnädelbach, *Was ist Neoaristotelismus*? (nota 5), p. 223.

[44] Sandel, *Liberalism* (nota 16), p. 153. Cfr. pp. 20, 150, 179 ss.

[45] Cfr. Lawrence Kohlberg, *Essays on Moral Development,* volumen I*,* San Francisco 1981.

[46] Vid. Sobre ello Alisa L. Carse, *The Liberal Individual: A Metaphysical or Moral Embarrassment?,* en *Noûs* 28 (1994), pp. 184 ss. Una argumentación similar puede encontrarse en Wolfgang Kersting, *Die Liberalismus-Kommunitarismus-Kontroverse in der amerikanischen politischen Philosophie*, en Volker Gerhard et al. (editores), *Politisches Denken. Jahrbuch 1991*, Stuttgart 1991, pp. 82 ss. (96 s.).

mo el más diferenciado de los pensadores del estrecho círculo del comunitarismo, ve esto con claridad y exige separar con nitidez las cuestiones fácticas de las normativas [47]. Por el contrario, MacIntyre se mantiene en la posición de que un aristotelismo teleológico está sencillamente por encima de la distinción ser/deber ser propia del «empobrecido vocabulario moral» de la modernidad [48]; mientras que Sandel, partiendo de la existencia de ciertos sedimentos comunitarios conformadores de nuestra identidad, concluye sin más la (mayor) relevancia valorativa de dichas comunidades frente a nosotros [49]. La tesis (confusa en lo que a su status metodológico se refiere) de la parcial capacidad constitutiva de los individuos a través de comunidades ontogenéticamente previas no es susceptible de ofrecer argumentos ni para justificar que el marco normativo y valorativo de estas comunidades haya de sustraerse al examen de los individuos realizado bajo criterios generalizables, ni para concluir que los derechos individuales no puedan establecer barreras a las formas de persecución de esos «bienes» comunitarios.

«La obligación de pertenecer»

Esta típica «falacia comunitarista», consistente en llegar a lo prescriptivo partiendo de presupuestos descriptivos supuestamente ontológicos, sólo puede evitarse cuando se fundamenta abiertamente desde criterios normativos la importancia de la integridad de los lazos comunitarios y los horizontes valorativos colectivos frente a los derechos y fines individuales. Esta es la línea seguida por Taylor en uno de los textos clave para el debate [50], sirviéndose para ello, con vagas reminiscencias hegelianas, de un criterio de deducción de deberes inferido del concepto de la libertad. A las teorías «atomísticas», que parten de la primacía de los derechos individuales sin atender a sus correspondientes deberes, opone Taylor su tesis de las «condiciones sociales de la libertad» [51]: la serie de facultades propiamente humanas que conlleva normalmente la adscripción de determinados derechos morales y jurídicos, no pueden ser desarrolladas en un ámbito no social. En par-

[47] Charles Taylor, *Cross-Purposes: The Liberal-Communitarian Debate*, en Nancy Rosenblum (editora), *Liberalism and the Moral Life*, Cambridge 1989, pp. 159 ss. En alemán: *Aneinander vorbei: Die Debatte zwischen Liberalismus und Kommunitarismus,* en Honneth (editor), *Kommunitarismus* (nota 3), pp. 103ss.

[48] MacIntyre, *Der Verlust der Tugend* (nota 19), pp. 82 ss. (85).

[49] Sandel, *Liberalism* (nota 16), pp. 146, 153: «[T]he capacity for reflection enables the self to turn its lights inward upon itself, to inquire into its constituent nature, to survey its various attachments and acknowledge their respective claims».

[50] Charles Taylor, *Atomism* (1979), en el mismo, *Philosophical Papers*, volumen 2, Cambridge 1985, pp. 187 ss.

[51] Taylor, *Atomism* (nota 50), p. 209.

ticular, la existencia de individuos capaces de autodeterminación y autonomía moral depende, según afirma Taylor, de la previa existencia de una matriz social correspondiente, en la cual esas facultades hubieran encontrado reconocimiento intersubjetivo e institucional. En consecuencia, todo aquel que por un lado acoge los derechos y libertades individuales, pero por otro rechaza los deberes inherentes al portador de esos derechos, se ve sumido en una contradicción pragmática cuando pretende mantener los requisitos socioestructurales del ejercicio de esos derechos. El punto decisivo de la deducción de Taylor de esta «significant obligation to belong» [52] es, no obstante, que la misma no puede fundamentar la prioridad normativa de determinados *ethos,* sino únicamente un muy inespecífico compromiso de todo ciudadano de respaldar y proteger una «developed liberal civilization» y de no asumir los derechos individuales de una forma tal que pudiera acabar «destruyendo» (!) esas sociedades [53]. Una civilización como la por él propuesta se identifica, según Taylor, con la imagen de un Estado de Derecho democrático, social, tolerante y pluralista [54], la cual apenas podría satisfacer, no obstante, el ahnelo de una comunidad sustancial.

Con ello llegamos a la conocida cuestión, propia de la discusión sobre el comunitarismo, relativa a cuáles han de ser los requisitos culturales y morales necesarios para la estabilidad de los Estados democráticos de Derecho [55]. La tan citada afirmación de Böckenförde, de que «el Estado secularizado de libertades ...{vive} de requisitos que él mismo no puede garantizar» [56] remite a la discusión relativa a hasta qué punto puede, en las democracias occidentales, limitarse el grado de estabilidad del consenso sin llegar a erosionar el modelo de la democracia constitucional. No podemos entrar a discutir si es correcta la pretensión de que el Estado social de Derecho pueda, sin renunciar a su pluralismo inherente, vincular el reconocimiento y aceptación fáctica de su principios rectores a la propia corrección valorativa de los

---

[52] Taylor, *Atomism* (nota 50), p. 206.

[53] Taylor, *Atomism* (nota 50), p. 198.

[54] Taylor, *Atomism* (nota 50), pp. 205 ss. Taylor remarca, si bien precavidamente, que un Estado de esa clase debería proceder en forma moderadamente perfeccionista en relación al aleccionamiento de sus miembros de las capacidades humanas consideradas fundamentales. Esta afirmación no es, en todo caso, decisiva para la anteriomente expuesta «tesis social» y debería ser discutida por separado. La tesis del perfeccionismo ha sido mantenida también, y muy especialmente, por Joseph Raz, concebida como versión decididamente liberal de la misma. Vid. Raz, *The Morality of Freedom*, Oxford 1986 y la concepción coincidente de Stephen Mulhall / Adam Swift, *Liberals and Communitarians*, Oxford,etc. 1992, pp. 249ss., 290, 294.

[55] Cfr. sobre ello también Charles Taylor, *Legitimation Crisis?* (nota 30).

[56] Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation*, en, el mismo, *Staat, Gesellschaft, Freiheit*, Frankfurt a. Main 1976, pp. 42 ss. (60).

mismos (Rawls [57], Dworkin [58]); o bien si, a partir de procesos de racionalización del mundo de la vida y en función de la corrección del procedimiento deliberativo, puede transformarse la legalidad en legitimidad (Habermas [59]). La cuestión que aquí interesa es únicamente si la propuesta alternativa que ofrece el comunitarismo a estos modos de legitimación puede considerarse plausible.

2. La tesis metaética: Antiuniversalismo contextualista

La segunda tesis esencial bajo la que se agrupan las concepciones comunitaristas es de naturaleza metaética. Ésta sostiene que las normas éticas universalizables, con las cuales podría ser sometido a crítica el entramado de normas y valores concretamente vigentes en el contexto de cada comunidad dada, no son susceptibles de fundamentación.

(1) En la línea de esta tesis contextualista se orienta la concepción de Richard Rorty, quien, a partir de la noción de la contingencia del lenguaje, extrae la conclusión de que ni los juicios cognitivos ni los éticos pueden eludir la contingencia de los vocabularios locales. Debido a la inaccesibilidad de todo metavocabulario, ese etnocentrismo de las «fundamentaciones» resulta inútil; de igual forma, toda pretensión de objetividad en los juicios carece de sentido [60]. Rorty se diferencia de los críticos comunitaristas al liberalismo, en que para él, en el hecho de la imposibilidad de fundamentación de los principios universalistas propios de las sociedades liberales no viene implícito el retorno a imágenes pre-(pos)modernas y cerradas de lo social [61] ni (al menos en las «democracias ricas del norte del Atlántico») tampoco esa imposibilidad tiene por qué afectar a la estabilidad de las prácticas democráticas tradicionales y emocionalmente respaldadas [62]. Esas prácticas se deben a una idea de solidaridad no sustentada en razones, sino en una sensibilidad hacia el sufrimiento de las otras personas, la cual, en una «cultura estética», se transmite primordialmente por medio del arte [63]. Pero Rorty

[57] Cfr. recientemente, Rawls, *Political Liberalism* (nota 35), pp. 133 ss., 149, 202.

[58] Cfr. Ronald Dworkin, *Law's Empire*, London 1991, pp. 195 ss., y, del mismo autor, *Liberal Community*, en *California Law Review* 77 (1989), pp. 479 ss.; y sobre ello Emilios A. Christodoulidis, *The Suspected Intimacy Between Law and Political Community*, en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 80 (1994), pp. 1 ss.

[59] Cfr. Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung* (nota 12), S. 374, 534 así como el complemento a esa misma obra, *Wie ist Legitimität durch Legalität möglich?,* pp. 563 ss.

[60] Cfr. Richard Rorty, *Kontingenz, Ironie und Solidarität*, Frankfurt a. Main 1992, pp. 21ss; el mismo, *Solidarität oder Objektivität*, Stuttgart 1988, pp. 25 s.

[61] Cfr. Rorty, *Kontingenz, Ironie und Solidarität* (nota 60), p.145

[62] Vid. Richard Rorty, *Der Vorrang der Demokratie vor der Philosophie*, en, el mismo, *Solidarität oder Objektivität* (nota 60), pp. 82 ss. (85 s., 103, 108 s.).

[63] Richard Rorty, *Kontingenz, Ironie und Solidarität* (nota 60), pp. 21ss., 84 ss.; el mismo, *Postmodern Bourgeois Liberalism*, en Robert Hollinger (editor), *Hermeneutics and Praxis*, Notre Dame 1985, pp. 214 ss.

confluye con las intenciones comunitaristas cuando sostiene que las justificaciones «éticas» de las instituciones y prácticas de una sociedad no se basan en fundamentaciones propias de una «metanarrativa» filosófica, sino que se configuran sólo como «relatos» históricos de la tradición local respectiva, los cuales se retroalimentan y refuerzan a partir de la autocomprensión de esa tradición como una *comunidad* de interpretación [64]. Y ello, a su vez, significa que la ética (y el contenido ético del Derecho) sólo puede ser entendida como un sinónimo de las «intenciones-de-nosotros» {*Wir-Intentionen*}, que pueden expresarse en la expresión «*nosotros* no hacemos ese tipo de cosas». Los principios de unos derechos humanos universales o de una dignidad inherente al ser humano carecen, por tanto, de toda fuerza *justificante* [65].

(2) Alasdair MacIntyre coincide con la tesis contextualista de Rorty y con la crítica de Sandel a la deontología, ya que también él sostiene que las fundamentaciones de signo universalista no son posibles (o sólo lo son en forma decisionista). La búsqueda del individuo de su propio bien no puede guiarse por normas o sobre la base de una idea de los derechos, sino únicamente por el desempeño de los roles que enmarcan al individuo en el ethos de las tradiciones locales. En este sentido, en la historia de la decadencia planteada por MacIntyre, la teoría de la ética, desde la superación moderna del paradigma moral de Aristóteles, está per se acabada. Con el recurso a la autonomía moral de los sujetos, afirma este autor en *After Virtue*, desaparece toda posibilidad de fundar un contenido moral. El fracaso del proyecto de la Ilustración de conseguir una fundamentación de la moral libre de presupuestos metafísicos y religiosos, ha desembocado en la cacofonía de un cúmulo de teorías incompatibles, que ha sacado a relucir el nihilismo propio de la modernidad, el cual con Nietzsche sólo había comenzado a perfilarse [66]. En consecuencia, en la ontología de MacIntyre no es sólo que las nociones de los derechos subjetivos y de los derechos del hombre deban situarse en un orden jeráquicamente inferior a la noción de virtud, sino que deben ser directamente desechados: «La verdad es muy simple: esos derechos no existen, y la creencia en su existencia viene a ser como la creencia en brujas y unicornios (...) Todos los intentos surgidos de ofrecer razones concluyentes para justificar el convencimiento de que esos derechos *existen* han fracasado» [67].

---

[64] Cfr. Richard Rorty, *Pragmatism, Relativism, and Irrationalism*, en, el mismo, *Consequences of Pragmatism*, Minneapolis 1982, pp. 160 ss.(166).

[65] Rorty, *Solidarität oder Objektivität* (nota 60), pp. 28 ss.; el mismo, *Postmodern Bourgeois Liberalism* (nota 63) pp. 218 ss.

[66] MacIntyre, *Der Verlust der Tugend* (nota19), pp. 53 ss., 75 ss., 96, 295.

[67] MacIntyre, *Der Verlust der Tugend* (nota 19), p. 98.

En su obra *Whose Justice?, Which Rationality?*, MacIntyre da un paso más en la línea de argumentación contextualista y pasa a concebir el liberalismo y el conjunto de los derechos individuales como una, si bien deficiente, tradición más de las presentes entre las tradiciones occidentales, las cuales, dada la imposibilidad de toda racionalidad independiente del contexto, coexisten de forma inconmensurable y sin posibilidad de traducción entre sí [68]. Según este autor, a largo plazo se dará la posibilidad de que una de estas líneas narrativas generadora de concepciones del mundo obtuviera, frente a las demás, una situación de hegemonía cultural (y por tanto ética), en función de su grado de coherencia interna y de su capacidad de oposición a las crisis epistemológicas; y la más apta candidata para erigirse en esa hegemonía sería la tradición del aristotelismo reformulado desde el tomismo [69].

(3) También Michael Walzer, cuya teoría ocupa una posición ambigua en el debate [70], ha destacado que «en materia de moral...toda argumentación no puede ser sino una proclamación de una serie de significados de vigencia general, de una comprensión colectiva sobre las cosas» dentro de una concreta comunidad política, y que supuestos principios externos y universales no pueden sustituir a las «convicciones compartidas» de una determinada forma de vida[71]. Los márgenes de la razón práctica son por tanto es-

---

[68] Cfr. Alasdair MacIntyre, *Whose Justice?, Which Rationality?,* Londres 1988, pp. 326 ss. y, sobre éste, Brian Barry*, The Light that Failed*, en Ethics 100 (1989), pp. 160 s., así como Jürgen Habermas, *Erläuterungen zur Diskursethik*, Frankfurt a. Main 1991, pp. 209 ss.

[69] Cfr. MacIntyre, *Whose Justice?* (nota 68), pp. 183 ss., 402 s. En *Three Rival Versions of Moral Inquiry. Encyclopedia, Genealogy, and Tradition* (Notre Dame 1990, pp. 170 ss., 196 ss.) intenta MacIntyre demostrar la superioridad de la tradición tomista sobre la crítica «enciclopédica» por la Ilustración y la tradición crítica «genealógica» que va desde Nietzsche hasta Foucault. En relación a esta pretensión de quedar como «contextualista» y al mismo tiempo pretender fundamentar la superioridad de la propia tradición, el liberalismo irónico-posmoderno de Rorty no puede sino venir a mostrar nuevamente el «fracaso del pensamiento moral». Cfr. Alasdair MacIntyre, *Moral Arguments and Social Contexts. A Response to Rorty*, en Robert Hollinger (editor), *Hermeneutics and Praxis*, Notre Dame 1985, pp. 222 ss. Rorty había previamente sugerido a MacIntyre que «abandonara también los últimos restos de esta línea {*scil.* aristotélica} de pensamiento». Vid. Richard Rorty, *Freud und die moralische Reflexion*, en, el mismo, *Solidarität oder Objektivität?* (nota 60), pp. 38 ss. (63).

[70] Walzer, con su noción de un «universalismo reiterativo», se aproxima a posiciones universalistas todo lo que sus premisas contextualistas se lo permiten. Cfr., el mismo, *Zwei Arten des Universalismus*, en Babylon, cuaderno 7/1990, p. 7ss. Para una crítica vid. Hauke Brunkhorst*, Gesellschaftskritik von innen? Für einen «covering-law»-Universalismus ohne Dogma*, en Karl-Otto Apel / Matthias Kettner (editores)*, Zur Anwendung der Diskursethik in Politik, Recht und Wissenschaft*, Frankfurt a. Main 1992, pp. 149 ss.

[71] Michael Walzer, *Spheres of Justice*, New York 1983. Traducción alemana: *Sphären der Gerechtigkeit*, Frankfurt a. Main / New York 1992, pp. 61, 440 ss.

trechos: la filosofía moral, afirma Walzer, se reduce a la mera *interpretación* de esos estados previamente existentes [72].

Los dilemas del contextualismo

Característica común a los postulados de los autores anteriormente citados es la reducción de planteamientos *éticos* relativos a criterios de regulación justa de conflictos intersubjetivos a cuestiones *morales* sobre la vida buena, y junto a ello la reducción de los problemas de *validez* de las normas a los de su *vigencia* social [73]. Con ello se renuncia al componente *crítico* inherente a la ética, ya que la representación de lo bueno queda de tal forma limitado que viene a contradecir el sentido mismo de los juicios morales, esto es, que sean susceptibles de una fundamentación universal [74]. La argumentación ética no expresa ningún marco de «intenciones-de-nosotros», sino que los trasciende. Cuando, por ejemplo, un afectado por la discriminación racial se opone a ciertas normas que aprueban esa discriminación en la sociedad, no puede hacerlo bajo una alegación del tipo «*nosotros* no hacemos ese tipo de cosas», sino que debe afirmar: «esa norma no puede justificarse», porque los afectados por ella no podrían aceptarla, ya que vulnera principios fundamentales como el de la igual pretensión de respeto o porque quebranta derechos básicos como el de la igualdad.

Por ello, el contextualismo se ve enfrentado al dilema, de que (1) o bien debe negar ya toda posibilidad de crítica al previo ethos local y a las relaciones de poder presentes dentro del mismo, (2) o bien se ve obligado a introducir subrepticiamente contenidos normativos ocultos en su interpretación de un mundo narrativo común.

(1) Alasdair MacIntyre, con su obra *After Virtue,* aparece como un claro representante de la «propensión positivista» del comunitarismo (Kersting [75]), e incluso de la renuncia a toda distancia crítica. La posición de este autor participa de la opinión tradicionalista de otras posturas neoaristotélicas de que las fundamentaciones no son otra cosa que «argumentos y proposiciones guiadas hermenéuticamente al fin de establecer un acercamiento entre los acuerdos individuales y las bases ya asumidas del ethos correspondien-

---

[72] Vid. Michael Walzer, *Interpretation and Social Criticism*, Cambridge 1987, pp. 3ss.; traducción alemana: *Kritik und Gemeinsinn*, Berlin 1990, pp. 9 ss. (36, 42)

[73] Sobre esta diferenciación cfr. Jürgen Habermas, *Vom pragmatischen, ethischen und moralischen Gebrauch der praktischen Vernunft*, en, el mismo, *Erläuterungen zur Diskursethik* (nota 68), pp. 100 ss.

[74] Vid. Ernst Tugendhat, *Vorlesungen über Ethik,* Frankfurt a. Main 1995, pp. 65 ss.

[75] Wolfgang Kersting, *Die Liberalismus-Kommunitarismus-Kontroverse in der amerikanischen politischen Philosophie* (nota 46), p. 88.

te»[76]. Pero el contraste entre la reformulación formal de MacIntyre de la noción de virtud[77] y su indefinido concepto de la comunidad, y su enérgico rechazo de los derechos del hombre, acentúa virulentamente el problema general de las éticas de la virtud[78]. MacIntyre, a diferencia de Aristóteles, ya no viene a destacar qué disposiciones deben desarrollarse que nos capaciten para ser sencillamente hombres. Por el contrario, establece que a lo que tiende el fomento de las virtudes es a poder desarrollar mejor aquellas prácticas que permiten tender a la unidad narrativa de una vida individual y cuyos bienes inherentes vienen a definir al mismo tiempo los roles funcionales propios de la comunidad tradicional constitutiva del agente[79]. Ahora bien, esas prácticas, según la tradición en que se originen, pueden ser manifiestamente inmorales. Así, el ejemplo de la «práctica» de un comandante nacionalsocialista en un territorio ocupado, la cual, después de un tiempo, acaba por condensarse en el *telos* y la narrativa de una trayectoria unitaria de vida y por ser concebida como un fin en sí mismo y como una parte funcional primordial de la gran narrativa del cometido histórico de dominación por la raza aria, puede cuanto menos formularse en el lenguaje teórico de MacIntyre[80]. A esta posibilidad, MacIntyre no puede sino oponer la débil esperanza de que no existan esas comunidades, ya que en su concepción metodológica la última instancia decisoria sobre si una práctica es «mala» radica en su funcionalidad o disfuncionalidad para con la propia tradición[81]. En la postura de este autor, queda totalmente cerrado el camino a una crítica superadora de la tradición y verdaderamente ética; al igual, por lo demás, que en la concepción de Rorty, con su esperanza de que una *cultura* sensible a los fenómenos del dolor y la crueldad pudiera proporcionar la base emocional para que «nuestra liberal», aunque etnocéntrica compren-

[76] Herbert Schnädelbach, *Was ist Neoaristotelismus*? (nota 5), p. 221. Un caso especial lo constituye la teoría de Martha Nussbaum. Vid. *infra* nota 100.

[77] Cfr. MacIntyre, *Verlust der Tugend* (nota 19), pp. 243 ss., 273 ss., y sobre ello y lo siguiente, Ernst Tugendhat, *Vorlesungen über Ethik* (nota 74), pp. 219 ss.

[78] Cfr. Alan Gewirth, *Rights and Virtues,* en *Review of Metaphysics* 38 (1985), pp. 739 ss. (752 ss.). En la argumentación que se realiza a continuación se modifica una objeción a esta contracrítica de Gewirth a MacIntyre; cfr. la obra citada, p. 758: «But which Community? Aristotle's community requires the enslavement of farmers and mechanics; the nazi community required the murder of Jews and others». En cualquier caso, en relación a la conversión de MacIntyre al tomismo en *Whose Justice?, Which Rationality?*, dicha crítica no puede ser ya acogida sin limitaciones.

[79] Cfr. MacIntyre, *Verlust der Tugend* (nota 19), pp. 250 ss., 270 s., 274 ss.

[80] MacIntyre podría, ciertamente, objetar que el mismo nacionalsocialismo es una expresión de la modernidad y su «pérdida de la virtud». En ese caso el ejemplo podría modificarse con un inquisidor de brujas del siglo XIV.

[81] Cfr. MacIntyre, *Verlust der Tugend* (nota 19), pp. 267 ss. También la noción de una «ley moral» (asimismo no universal), como instancia entre la praxis y la tradición (vid. *ibidem* p.268) permanece para MacIntyre supeditada a esta última.

sión del grupo, elevara las pretensiones de solidaridad, ampliándola a largo plazo a todos los hombres amenazados por el dolor y la desesperación [82].

(2) Por el contrario, Sandel y Walzer recurren a introducir subrepticiamente determinados presupuestos normativos. Así, por ejemplo, pretende Sandel mantener que el movimiento americano por los derechos civiles de los años setenta podría justificarse *sin* recurrir a la noción de los derechos y la dignidad humana, con la afirmación de que consistió en un proceso de reconocimiento de la plena pertenencia de ciertos conciudadanos, quienes hasta ese momento habían sido «incorrectamente» («wrongly») excluidos de la vida comunitaria de la nación [83]. Pero con la distinción correcto/incorrecto, Sandel no tiene más remedio que servirse de un instrumental teórico que previamente había rechazado. Y ello sólo puede hacerlo desde fuera de sus criterios, ya que éstos carecen del aparato conceptual y normativo necesario para poder defender plausiblemente por qué para la gente de raza blanca, por ejemplo en Alabama, las pretensiones de la judicatura constitucional de la «nación» debieran haber sido prioritarias frente a los vínculos constitutivos de la armonia grupal de la mayoritaria cultura racista. Este ejemplo revela, además, otra debilidad estructural de esta concepción, ya que resulta más que plausible sostener que las rejas comunitarias tras las que los individuos de Sandel están encerrados, se conformarán por lo general a partir de pretensiones de lealtad diferentes y contradictorias entre sí. Y el establecimiento *expreso* de un criterio normativo con el que hubiera de establecerse en cada caso el rango de prioridad de dichas pretensiones de lealtad haría que el edificio teórico de Sandel se derrumbara.

De forma similar, la teoría de las «esferas de la justicia» de Walzer cae en la trampa de un contextualismo que en realidad desearía no serlo. En la obra citada, Walzer realiza el intento de demostrar que la idea de una sociedad justa, democrática y prima facie igualitaria conlleva la exigencia de una distribución de clases diferentes de bienes sociales bajo diferentes reglas. La tensión metodológica, que amenaza con invalidar por completo las tesis de este autor, radica en que por un lado Walzer pretende fundar «un socialismo democrático y descentralizado en el marco de un fuerte estado del bienestar» [84], y por otro, y dada su predisposición contextualista, debe defenderlo con la apenas sostenible afirmación de que esas instituciones «ya existen en nuestra común forma de comprender los bienes sociales» [85].To-

---

[82] Cfr. Rorty, *Kontingenz, Ironie und Solidarität* (nota 60), pp. 305 ss.

[83] Sandel, *Introduction* (nota 1), p. 6.

[84] Walzer, *Sphären der Gerechtigkeit* (nota 71), p. 448.

[85] Walzer, *Sphären der Gerechtigkeit* (nota 71), p. 19. Que este intento de establecer una teoría normativa con medios descriptivos aboca a ciertas tensiones parece claro cuando Walzer da a entender que una interpretación hermenéutica de la «conciencia colectiva» de la nación americana en los años 80 llevaría, entre otras, a las siguientes convicciones: que una esfera más

mando el ejemplo de Walzer, Joshua Cohen ha resaltado el «dilema comunitarista básico» [86] consistente en que, por un lado, las normas de distribución, dado que deben emanar de un proceso hermenéutico *interno* según las prácticas de distribución existentes en una sociedad, apenas pueden servir para una crítica a lo dado; y, por otro lado, toda consideración crítica o incluso toda fundamentación procedimental de reglas de distribución *externas* a la tradición vendría a quebrar las bases contextualistas. En cualquiera de los casos, la intención crítica y los métodos contextualistas se opondrían mutuamente [87]. Para lo que aquí pretende destacarse, es importante, de cualquier forma, la *salida* que según Cohen parece tomar Walzer: este autor, recurriendo a una argumentación basada en la «naturaleza de las cosas», lo que hace es rellenar subrepticiamente sus interpretaciones sobre los «shared understandings» de sus connacionales americanos con determinados contenidos normativos [88]: «los distribuidores están sujetos a las imposiciones que surgen de los bienes...; podría incluso decirse que los propios bienes se distribuyen entre los sujetos» [89]. Walzer extrae el potencial *crítico* de su teoría de la circunstancia de que cree poder obtener inductivamente reglas de distribución de los bienes sociales que habrán de ser globales y transhistóricas por el mero hecho de ser razonables [90]. En última instancia, esta argumentación, basada en el «particular fundamento de justicia» [91] de que los bienes sociales deben tener un valor inherente, viene a ser contraria a las solemnes afirmaciones comunitaristas de Walzer: aunque su contextualismo le obli-

---

amplia del Estado social, y ello también en relación a la atención médica, sólo debe llevarse a cabo a partir de una medición equitativa de las necesidades (Walzer, *Sphären der Gerechtigkeit* (nota 71), pp. 134 ss.); que el nivel de renta debe igualarse y democratizarse (pp. 178 ss.); y que las grandes empresas deben establecerse bajo un amplio control de los trabajadores (pp. 426 ss.)

[86] Joshua Cohen, *Kommunitarismus und universeller Standpunkt*, en *Deutsche Zeitschrift für Philosophie* 41 (1993), pp. 1009 ss. (1015).

[87] Cfr. sobre ello el tratamiento sistemático de este problema realizado por Miguel Giusti, en Giusti, *Topische Paradoxien der kommunitaristischen Argumentation*, en *Deutsche Zeitschrift für Philosophie* 42 (1994), pp. 759 ss. Simon Caney (*Liberalism and Communitarianism: a Misconceived Debate*, en *Political Studies* (1992), pp. 273 ss. (288)) señala con razón la ulterior inconsistencia teórica asociada al «simple communitarian dilemma» : La aseveración de Walzer, de que no tomar en consideración una específica forma de vida y sus representaciones sobre la justicia y la moral es «(siempre) una actuación incorrecta» (*Sphären der Gerechtigkeit*, (nota 71), pp. 442 ss.) no presupone un concepto no relativo de tolerancia, ya que su punto de partida relativista no podrá fundamentarlo.

[88] La argumentación desarrolla aquí sucintamente una línea de pensamiento ya empleada por Ronald Dworkin en su crítica a la «hidden and mystical premise» de Walzer en su *Spheres of Justice*. Cfr. Dworkin, *What Justice Isn't*, en *The New York Review of Books*, 14.04.1983; reimpreso en, el mismo, *A Matter of Principle*, Cambridge 1985, pp. 214 ss. (217s.)

[89] Walzer, *Sphären der Gerechtigkeit* (nota 71); p. 31.

[90] Walzer, *Sphären der Gerechtigkeit* (nota 71); pp. 35 ss.

[91] Walzer, *Sphären der Gerechtigkeit* (nota 71); p. 12.

garía a aceptar como estructura básica dominante de la justicia distributiva local incluso un sistema de castas, siempre que esté suficientemente legitimado por la tradición [92], exige pese a ello someter a crítica a ese tipo de sistemas con el argumento del significado propio inherente a los bienes sociales y a las esferas de distribución [93]. Los postulados del libro de Walzer vienen a ser, en realidad, un intento de establecer, en lugar de un discurso de fundamentación jurídico y moral, una especie de «pensamiento concreto» {«*konkretes Ordnungsdenken*»} con intenciones democrático-sociales.

La teoría de los bienes sociales de Walzer, que llevan en sí mismos sus propias reglas de distribución, cae, en lo tocante a la fundamentación de normas de justicia distributiva, en el dilema de que, o bien reitera tautológicamente la previa norma implícita en la «naturaleza de las cosas», o bien se sirve de un *non sequitur*, al concluir un deber ser en lo tocante a su distribución de la mera existencia de un bien [94]. La línea de argumentación «platónica» (Dworkin), y en todo caso monológica, de la «naturaleza de la cosa» conlleva el riesgo de ocupar el puesto que en otro lugar había reservado Walzer a una comprensión democrática del ciudadano no limitada por pretensiones morales de verdad [95].

A tenor de lo dicho hasta ahora, podría parecer que la relevancia de la discusión sobre el comunitarismo para la filosofía del Derecho es más bien escasa. Sin embargo, si, a pesar de su estructura aporética, se siguiera la tesis contextualista, habría de asumirse lo siguiente. En primer lugar, el contextualismo, dado que pretende eximir a las estructuras normativas internas de las sociedades de un examen basado en un discurso de fundamentación racional, obligaría a abandonar la idea de un «sistema jurídico razonable» {*vernünftigen Rechtssystems*}, en el que los ideales jurídicos, bajo la forma de principios, han de satisfacer la exigencia de un sustrato de razón práctica de naturaleza procedimental [96]. En segundo lugar, desaparecería la idea de una validez universal de los derechos humanos.

---

[92] Walzer, *Sphären der Gerechtigkeit* (nota 71); pp. 58 ss., 441 ss.

[93] Walzer, *Sphären der Gerechtigkeit* (nota 71), p. 60.

[94] Cfr. también la crítica a Walzer de Wojciech Sadurski, *Moral Pluralism and Legal Neutrality*, Dordrecht 1990, pp. 61 ss. (66 s.).

[95] Cfr. Michael Walzer, *Philosophy and Democracy*, en *Political Theory* 9 (1981), pp. 379 ss. (385 ss.). Esta relación de tensión entre el recurso de Walzer a argumentar desde la «naturaleza de la cosa» y su teoría de la democracia es pasado por alto en el trabajo de Hubertus Buchstein y Rainer Schmalz-Bruns, *Gerechtigkeit als Demokratie - zur politischen Philosophie von Michael Walzer,* en *Politische Vierteljahresschrift* 33 (1992), pp. 375 ss.

[96] Cfr. Robert Alexy, *Idee und Struktur eines vernünftigen Rechtssystems*, en, el mismo/Ralf Dreier / Ulfrid Neumann (editores), *Rechts- und Sozialphilosophie in Deutschland heute, ARSP Beiheft 44*, Stuttgart 1991, pp. 30 ss.; Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung* (nota 12), pp. 134 ss., 188 ss., 343 ss., así como Bernhard Peters, *Rationalität, Recht und Gesellschaft*, Frankfurt a. Main 1991, pp. 272 ss., 314.

3. La tesis normativa: Comunidad en vez de justicia

Siguiendo las consideraciones anteriores, podría generarse la impresión de que el comunitarismo pretende dar una respuesta no política a las cuestiones decididamente políticas de la teoría liberal [97]. Pero esta impresión es falsa, ya que tanto la argumentación ontológica como la metaética de estos autores viene a servir a la finalidad teórico-jurídica de sustituir una «política de los derechos» por una «política del bien común» [98]. El comunitarismo se opone así a la convicción básica liberal de la prioridad de los derechos sobre las concepciones de lo bueno; más concretamente: la convicción de que las libertades básicas del individuo y los principios de la justicia (política) imponen límites irrebasables a toda búsqueda individual y colectiva de la vida «correcta» [99].

Una «política de lo bueno» puede formularse de diversas formas. Ejemplos de ello, en un ámbito externo a la discusión sobre el comunitarismo, son el esencialismo «aristotélico de izquierdas» de Martha Nussbaum [100] y el intento de Joseph Raz de fundar un liberalismo decididamente perfeccionista [101], los cuales parten de esa política de lo bueno *sin* por ello asumir un concepto fuerte de comunidad. En todo caso, ambas concepciones precisarían de una discusión propia, que aquí no puede ser abordada. Las siguientes consideraciones se concentrarán en las posturas propiamente «comuni-

---

[97] Ello mismo es sugerido también por John R. Wallach, *Liberals, Communitarians, and the Task of Political Theory*, en *Political Theory* 15 (1987), pp. 581 ss. (591 ss.)

[98] Sandel, *Liberalism* (nota 16), p. 5.

[99] Cfr. por ejemplo John Rawls, *Der Vorrang des Rechten und die Idee des Guten*, en el mismo*, Die Idee des politischen Liberalismus. Aufsätze 1978-1989,* Frankfurt a. Main 1982, p. 364 ss.; y del mismo autor, *Political Liberalism*, (nota 35), pp.174 ss.

[100] Con la noción de una «socialdemocracia aristotélica» lleva a cabo Martha Nussbaum el intento de establecer una concepción esencialista de las funciones y capacidades esenciales del hombre y, con ello, la pretensión de elevar a «la» sociedad el óptimo desarrollo de esas funciones por sus miembros. La «densa y vaga teoría del bien» de Nussbaum es, por un lado, una concepción liberal con tendencias acentuadamente paternalistas y con una noción ambivalente de autonomía individual; pero, por otro, se concibe como una teoría válida transculturalmente, manifestando una explícita separación frente al «relativisimo localista y vinculado a la tradición y al comunitarismo» propio de las tesis contextualistas más arriba citadas Cfr. Martha Nussbaum, *Menschliches Tun und soziale Gerechtigkeit. Zur Verteidigung des aristotelischen Essentialismus*, en Micha Brumlik / Hauke Brunkhorst (editores), *Gemeinschaft und Gerechtigkeit*, Frankfurt a. Main 1993, pp. 323 ss. (334, 348). Una versión ampliada ha aparecido bajo el título: *Human Functioning and Social Justice: In Defense of Aristotelian Essentialism,* en *Political Theory* 20 (1992), pp. 202 ss. Vid. también, de la misma, *Aristotelian Social Democracy*, en Bruce Douglas et al. (editores), *Liberalism and the Good*, New York and London 1990, pp. 203 ss., así como, para una visión introductoria, Christiane Scherer, *Das menschliche und das gute menschliche Leben. Martha Nussbaum über Essentialismus und menschliche Fähigkeiten,* en *Deutsche Zeitschrift für Philosophie* 41 (1993), pp. 905 ss.

[101] Joseph Raz, *The Morality of Freedom* (nota 54).

taristas», las cuales localizan lo «bueno» en la misma comunitarización {*Vergemeinschaftung*} del individuo y conciben, por tanto, esa comunitarización como un fin en sí mismo. El tema a debatir es, entonces, el relativo al «paradigma de la comunidad» [102]; lo que debemos plantearnos es si resultan fácticamente plausibles y normativamente convincentes los asertos de que la comunitarización, como medio de integración primario en las sociedades complejas, es tanto *posible* como *deseable*, y de que, en consecuencia, el Derecho y la moralidad deberían fundirse en una eticidad sustancial.

Conceptos de comunidad

El «paradigma de la comunidad» se concibe como una teoría de la sociedad que, en última instancia, no se quiere dar por satisfecha con destacar la importancia de los procesos de comunitarización de los individuos en grupos intermediarios y asociaciones pertenecientes a la dimensión de la *civil society*; sino que además sostiene, como lo hace Sandel, que la misma «estructura institucional básica» de la sociedad (y no sólo la conducta social de sus ciudadanos) debe conformarse según la comunidad [103]. MacIntyre, por su parte, destaca que la tradición tomista, por él preferida, implica (como cualquier tradición) el (r)establecimiento de un orden social correspondiente [104]. No obstante, en la elaboración del concepto de comunidad como «estructura básica», se muestran los teóricos comunitaristas tan parcos, que sus críticos encuentran razones para hablar de una «comunidad fantasma» [105]. En cualquier caso, se intentará a continuación arrojar un poco de luz sobre el cúmulo de significados que abarca ese concepto.

La imagen dominante es la de una sociedad que se conforma, no sólo sus partes intermediarias sino como *un todo* [106], a partir de un modelo de re-

---

[102] Aquí coinciden el comunitarismo con sectores del *Critical Legal Studies Movement*. Cfr. sbre ello Richard W. Baumann, *The Communitarian Vision of Critical Legal Studies*, en Allan C. Hutchinson / Leslie J.M. Green (editores), *Law and the Community. The End of Individualism?,* Toronto 1989, pp. 9 ss.

[103] Sandel, *Liberalism* (nota 16), p. 173

[104] Cfr. MacIntyre, *Whose Justice?, Which Rationality?* (nota 68), p. 391. MacIntyre parece sostener que universidades rivales, incluso vinculadas a tradiciones diferentes podrían representar a medio plazo los núcleos de cristalización de nuevas formas tradicionales de vida; cfr., el mismo, *Three Rival Versions of Moral Inquiry* (nota 69), pp. 216 ss.

[105] Stephen Holmes, *The Permanent Structure of Antiliberal Thought*, en Nancy Rosenblum (editora), *Liberalism and the Moral Life*, Cambridge 1989, pp. 227 ss. Cfr. también Raymond Plant, *Community: Concept, Conception, and Ideology*, en *Politics & Society* 8 (1978), pp. 79 ss.

[106] Cfr. Sandel, *Liberalism* (nota 16), p. 173: «For a *society* to be a community in this strong sense, community must be constitutive of the shared self-understandings of the participants and embodied in their institutional arrangements» (cursivas añadidas). En cualquier caso, el nivel de referencia desde el que Sandel mantiene su noción de comunidad queda muy po-

laciones denominado por Sandel como «situación ideal de la familia». La tesis central sostiene que cuanto más se sustituyan en una comunidad verdadera las relaciones abstractas entre extraños por vinculaciones primarias y «circumstances of benevolence, or fraternity, or of enlarged affections», menos necesarios serán la justicia y los derechos individuales [107]. De esta forma, la aspiración última sería «to render justice useless, by supplying its place with much noble virtues» [108]. Las comunidades se mantienen cohesionadas a través de un «bien común», de «identidades comunes y fines compartidos» [109], de «sentimientos fraternos e intereses coincidentes» [110]. En este sentido, se acentúa por estos autores que los vínculos sociales constitutivos no son fruto de una elección, sino que vienen previamente dados [111]. En estas comunidades, la existencia de un vocabulario común y de un «trasfondo de prácticas y acuerdos implícitos» garantiza una adecuada autocomprensión de sus miembros en relación con su sustancia comunitaria [112]. Asimismo, estas comunidades aparecen constituidas por su pasado, son «comunidades de la memoria», que vienen a ofrecer una idealizada interpretación global del mundo, y cuyas pautas de lealtad y compromiso vienen definidos en primer lugar por las costumbres tradicionales de la comunidad[113]. Expresado brevemente, la integración se produce a tavés de los afectos y la tradición.

La noción de comunidad empleada por los comunitaristas, recoge, bajo otros ropajes teóricos, lo que Ferdinard Tönnies había establecido en 1887, en el primer libro de su estudio *Gemeinschaft und Gesellschaft*. Tönnies definió la *Comunidad* como un orden de la convivencia que, partiendo de las formas básicas de relación del parentesco, de la vecindad y de la amistad, genera la cohesión social a través de una « mutua actitud de unión común» y de la existencia de determinados «bienes comunes», y en la que

---

co claro. La capacidad de sustituir la integración a través de la justicia, es decir, por medio del Derecho y de la solidaridad abstracta del Estado social, por «common identities and shared purposes» se la atribuye Sandel tanto a «tribes, neighbourhoods, cities, towns, universities, trade unions, national liberation elements and established nationalisms» como a «ethnic, religious, cultural, and linguistic communities» (p. 31).

[107] Sandel, *Liberalism* (nota 16), pp. 32 ss.; cfr. p. 83.

[108] Sandel, *Liberalism* (nota 16), pp. 31 ss. (32), 169, citando a Hume. Para el primer Roberto Unger la comunidad perseguida es nada menos que «the political equivalent of love»; vid. Unger, *Knowledge and Politics*, New York 1975, p. 261.

[109] Sandel, *Liberalism* (nota 16), pp. 31, 183.

[110] MacIntyre, *Whose Justice? Which Rationality?* (nota 56), p. 67.

[111] Sandel, *Liberalism* (nota 16), pp. 150 ss., y MacIntyre, *Verlust der Tugend* (nota 19), pp. 294 s.: «Yo me contemplo como (...) portador de una tradición, me guste o no me guste, lo reconozca o no lo reconozca».

[112] Sandel, *Liberalism* (nota 16), pp. 172 ss.

la «comprensión» mutua, convertida en habitual, viene a unir a sus miembros por medio de una «armonía» social omniabarcante, conformada a partir de la costumbre y la religión, y se erige en un idealizado «yo más elevado y general». Frente a ésta, la *Sociedad* era concebida por Tönnies como un agregado de individuos artificialmente surgido a partir de una convención que conforma una «sociedad del intercambio» y la discusión pública, en la que no existe «ningún bien común en realidad» y los individuos «permanecen independientes entre sí y sin vínculos *internos* mutuos» [114]. A estos dos modelos sociales corresponden, en la concepción de Tönnies, dos formas esenciales de sistema jurídico, el comunitario, en el que los hombres «están unidos entre sí como miembros naturales de un todo», y el de la Sociedad, en el que «como individuos... entran en relaciones entre ellos independientemente» [115].

Si bien la presentación de Tönnies de las dos «épocas» [116] de la Comunidad y la Sociedad fue entendida también como la descripción de una historia de la decadencia [117], y aunque no pueda pasarse por alto la afinidad del autor hacia la primera, con su concepción puso Tönnies de manifiesto que el restablecimiento de una organización de lo social basada en la Comunidad no es ni deseable ni posible [118]. A pesar de todo, el «renacimiento de Tönnies» obtiene su poder de sugestión del trato ambivalente dado a dicho problema, así como de la oscilación entre utopías abstractas y concretas de la comunidad: mientras Sandel sostiene que las condiciones socioestructurales de una sociedad en la que sus procesos de integración todavía adoptan una base jurídica no podrán «ser siempre las dominantes» [119], presenta el ra-

---

[113] Robert Bellah et al., *Habits of the Heart*, Berkeley 1985, en la traducción alemana*: Gewohnheiten des Herzens. Individualismus und Gemeinsinn in der amerikanischen Gesellschaft*, Köln 1987, pp. 185 ss., 319. Cfr. sobre ello la obra colectiva editada por Charles H. Reynolds / Ralph V. Norman, *Community in America. The Challenge of 'Habits of the Heart'*, Berkeley 1988, y, dentro de ella, en particular el trabajo de Christopher Lasch, *The Communitarian Critique of Liberalism*, pp. 173 ss.

[114] Ferdinand Tönnies, *Gemeinschaft und Gesellschaft. Grundbegriffe der reinen Soziologie* [1935 –8ª ed.–], reimpresión, Darmstadt 1991 (3ª edición), Libro 1, §§ 1, 6, 9, 11, 19, 25; Libro 3, § 4; §§ 1 ss. ; pp. 1, 12 ss., 17ss., 20, 35, 44, 153 ss., 207 ss.

[115] Tönnies, *Gemeinschaft und Gesellschaft* (nota 114), Libro 3, § 4, ss., p. 154.

[116] Tönnies, *Gemeinschaft und Gesellschaft* (nota 114), § 7, p. 215.

[117] Cfr. Manfred Riedel, artículo *Gemeinschaft, Gesellschaft*, en Otto Brunner / Werner Conze / Reinhart Koselleck (editores), *Geschichtliche Grundbegriffe*, Tomo 2, Stuttgart 1975, pp. 801 ss. (854 ss.).

[118] Cfr. sobre ello Cornelius Bickel*, «Gemeinschaft» als kritischer Begriff bei Tönnies*, en Carsten Schlüter / Lars Clausen (editores), *Renaissance der Gemeinschaft? Stabile Theorie und neue Theoreme*, Berlin 1990, p. 17 ss.

[119] Sandel, Liberalism (nota 16), p. 183.

dical antimodernismo [120] de MacIntyre una línea decididamente utópica, que renuncia a ir dirigido a la realidad de las modernas sociedades (¿dónde establecer si no el tomismo?). Por ello, resulta consecuente que una teoría comunitarista de esa índole haya sido considerada como una continuación de los modelos políticos «comunitaristas-funcionales» de pensadores de la Edad Media como Marsilio de Padua o Juan de Salisbury [121].

Incorrección descriptiva

La nueva teoría de sistemas, centrada en las nociones de autopoiesis y de interpenetración, manifiesta un completo rechazo, ya en un nivel conceptual, a tomar en consideración la idea de comunidad (entendida, al modo de Sandel, como una «constitutive conception» [122]), definida por aquélla como «una fusión parcial de sistemas sociales y personales» [123]. Aunque no se quisiera manejar esa construcción teórica, ha de compartirse el diagnóstico de que en los sistemas funcionales de las modernas sociedades toda meta-integración a través de la moral queda excluida. Todo sistema funcional depende de que pueda mantener separados su propio código de códigos morales que vendrían a sustituirlo [124]. Especialmente el sistema jurídico, para poder mantener la consistencia de sus decisiones, debe impedir toda vinculación con programas morales y con toda eticidad sustancial [125]. A finales del siglo XX, la flexibilidad y la predecibilidad del Derecho no pueden ser sustituidas por difusas normas morales sustantivas [126].

Tras la consolidación en las sociedades occidentales de los procesos funcionales estratificados de diferenciación, la inclusión de los individuos

[120] La postura de McIntyre es ciertamente propia de una «sustancialidad por imitación» (Habermas), que, sin ser ya en sí misma tradicionalista, asume un punto de vista interesado en las ventajas de la autoridad de tradiciones no cuestionadas.

[121] Cfr. Cary J. Nederman, *Freedom, Community and Function: Communitarian Lessons of Medieval Political Theory*, en *American Political Science Review* 86 (1992), pp. 977 ss.

[122] Sandel, *Liberalism* (nota 16), pp. 149 ss.: «[One has] to imagine a conception of community that could penetrate the self more profoundly. [...] [For such] members of a society community describes [...] not merely an attribute but a constituent of their identity».

[123] Niklas Luhmann, *Soziale Systeme. Grundriß einer allgemeinen Theorie*, Frankfurt a. Main 1984, pp. 298 ss.

[124] Cfr. Niklas Luhmann, *Gesellschaftsstruktur und Semantik. Studien zur Wissenssoziologie der modernen Gesellschaft*, Tomo 3, Frankfurt a. Main 1993, pp. 430 ss.

[125] Cfr. Niklas Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt a. Main 1993, pp. 78 ss.

[126] El empleo de la terminología hegeliana nos da un pretexto para manifestar que la recepción de Hegel por el comunitarismo se inspira, ciertamente, en la noción hegeliana de la eticidad {*Sittlichkeit*}, pero el significado fuerte que Hegel otorga en la «Filosofía del Derecho» a las nociones de Derecho abstracto, de persona jurídica y de racionalidad de la igualdad general de la ley es sistemáticamente ignorado. Y ello vale también para el *Hegel* de Taylor (nota 23). Cfr. G.W.F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Werke 7, Frankfurt Main 1986, §§ 34 ss., 209 ss., pp. 92 ss., 361 ss.

en «la sociedad», es decir, la integración social, no puede ya realizarse prioritariamente a través de los sistemas valorativos o morales vigentes [127]. La tesis de Sandel de que la cohesión social depende directamente de las convicciones valorativas sustanciales compartidas por los ciudadanos, incluso en materia de moral sexual [128], es sociológicamente falsa. Las similares opiniones de algunos textos comunitaristas, que creen ver en la intimidad de las relaciones personales el centro de la sociedad o la forma más completa de los sistemas sociales, deben permanecer irremisiblemente vinculadas a formas pre-modernas de la sociedad [129]. Los «mecanismos de extracción» {*Entbettunsmechanismen*} de la modernidad extrapolan la acción social de relaciones espacialmente limitidas y vienen a deshacer las certezas de la tradición [130]. El cúmulo de diversas formas y estilos de vida propio de las democracias de masas actuales hace «aparecer como una ingenuidad» [131] la pretensión de una sociedad integrada por una orientación homogénea de valores, y cierra toda posibilidad a la esperanza manifestada, entre otros, por Robert Bellah, de que un consenso comunitario metapolítico de todos los ciudadanos pueda organizarse como una «religión civil»[132].

La autorreproducción social no depende, por tanto, únicamente del mantenimiento de estructuras simbólicas de formas de vida comunitarias. Junto a la integración social, la sociedad al mismo tiempo se organiza a espaldas de los actores a través de procesos sistémicos diferenciados [133]. Por ello, todo proyecto intencional de socialización debe tener en cuenta esa dimensión no intencional de lo social. Esto significa, por ejemplo, que en la integración de las modernas sociedades debe hacerse frente a problemas de coordinación funcional, los cuales no son asumidos con la mera estabiliza-

---

[127] Cfr. Luhmann, *Gesellschaftsstruktur und Semantik* (nota 124), pp. 377 ss., y, el mismo, *Soziologische Aufklärung 3*, Opladen 1981, pp. 94, 188.

[128] Cfr. Michael Sandel, *Moral Argument and Liberal Toleration: Abortion and Homosexuality,* en, *California Law Review* 77 (1989) pp. 521 ss. (536 ss.).

[129] Cfr. Luhmann, *Soziale Systeme* (nota 123), pp. 303 ss..

[130] Cfr. Anthony Giddens, *Konsequenzen der Moderne*, Frankfurt Main 1995, pp. 72 ss.

[131] Helmut Dubiel, *Zivilreligion in der Massendemokratie*, en, el mismo, *Ungewißheit und Politik*, Frankfurt Main 1994, pp. 151 ss. (151). Vid. también Ulrich Beck / Elisabeth Beck-Gernsheim, *Individualisierung in modernen Gesellschaften - Perspektiven und Kontroversen einer subjektorientierten Soziologie,* en, los mismos (editores), *Riskante Freiheiten. Individualisierung in modernen Gesellschaften*, Frankfurt Main 1994, pp. 10 ss. (34).

[132] Dubiel, *Zivilreligion in der Massendemokratie*, (nota 131). Vid. Robert Bellah et al., *Gewohnheiten des Herzens* (nota 113), pp. 255 ss., y, los mismos, *The Good Society*, New York 1991, pp. 179 ss., así como Stefan Smid, *Pluralismus und Zivilreligion*, en *Der Staat* 24 (1985), pp. 3 ss.

[133] Cfr. Jürgen Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns,* Tomo 2, Frankfurt a. Main 1981, pp. 226 ss.

ción de identidades colectivas [134]. Este «desacoplamiento entre el sistema y el mundo de vida» (Habermas) escapa completamente a la perspectiva comunitarista; ésta adolece de una cortedad cultural de miras.

La imposición de la armonía

Pero también en la discusión relativa a la situación *cultural* de las sociedades actuales ofrece la *incorrección descriptiva* de las teorías comunitaristas ocasión de preguntarnos por el *poder de convicción normativo* de ese «paradigma de la comunidad», el cual debe sistemáticamente o bien rechazar [135] o bien negar el hecho del pluralismo cultural y el permanente conflicto de las modernas [136] sociedades. La asunción de un estado constitutivo de la sociedad basado en valores comunes y compartidos, que remite a la posibilidad de «to govern by the common good alone» [137], ignora dos aspectos: *en primer lugar*, en las sociedades en las que la diversidad de formas de vida se ha convertido en habitual, las fuentes de las que emana esa supuesta identidad de la comunidad están agotadas, como las tesis sobre el «cambio de valores» vienen a remarcar. A consecuencia de la dinámica social de la individualización [138], los intentos actuales de orientación social parecen tener lugar más desde criterios internos particulares a cada medio cultural y desde esquemas estéticos cotidianos que desde comunidades constitutivas [139]. El problema al que se enfrenta el comunitarismo es, en expresión de Brian Barry, «akin to that of keepin 'em down on the farm after they've seen Paree, but on a *much, much* bigger scale» [140]. Expresado de otra forma: si es cierto que la racionalización de imágenes del mundo se presenta como un proceso histórico de aprendizaje, que viene a hacer desaparecer, en tanto superados, los estratos anteriores [141], entonces todo intento de volver, en

[134] Cfr. Bernhard Peters, *Die Integration moderner Gesellschaften*, Frankfurt a. Main 1993, pp. 92 ss., 229 ss.

[135] Esto hace abiertamente MacIntyre, *Verlust der Tugend* (nota 19), p. 210.

[136] Que las referencias *históricas* de los comunitaristas a la polis aristotélica, a la Edad Media cristiana y a los tiempos fundacionales americanos toman en cuenta estas épocas en forma muy selectiva, ha sido puesto recientemente de manifiesto, una vez más, por Derek L. Phillips (*Looking Backward. A Critical Appraisal of Communitarian Thought*, Princeton 1993) Sobre el carácter represivo de la «sociedad originaria» bíblico-republicana de los EEUU, vid. también Wolfgang Fach, *Der Zeuge Tocqueville*, en Christel Zahlmann (editor), *Kommunitarismus in der Diskussion*, Berlin 1992, pp. 42 ss.

[137] Sandel, Liberalism (nota 16), p. 183.

[138] Cfr. Ulrich Beck, *Risikogesellschaft*, Frankfurt a. Main 1986, pp. 121 ss., y, el mismo/ Elisabeth Beck-Gernsheim, *Individualisierung in modernen Gesellschaften* (nota 131).

[139] Vid. Gerhard Schulze, *Die Erlebnisgesellschaft. Kultursoziologie der Gegenwart*, Frankfurt / New York 1993, pp. 67 ss.

[140] Barry, *The Light that Failed* (nota 68), p. 168.

[141] Cfr. Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns* (nota 133), Tomo 2, pp. 103 ss.

las sociedades complejas, a formas de integración basadas en órdenes de valores sustanciales que no sea llevado a cabo a través de medios totalitarios estará condenado al fracaso. *En segundo lugar*, no puede esperarse que tras las prácticas e instituciones sociales yazca un esquema de valores uniforme, el cual pudiera emplearse como un orden simbólico que sembrara la unidad, ya que dichas prácticas e instituciones no son sino el resultado de numerosos conflictos históricos y sociales [142]. Por ello, querer llegar a una amplia armonía en lo referente a los intereses políticos con nociones como «bien común» «significados sociales compartidos» o «comprensiones básicas comunes» parece no ser más que un «truco de prestidigitador» [143].

Max Weber, quien reformuló la distinción de Tönnies de Comunidad y Sociedad bajo los términos de comunitarización y socialización, y concibió al primero como la relación social en la que la acción social está basada en «la sensación subjetiva (afectiva o amparada en la tradición) de pertenencia de los miembros», puso de manifiesto que no existe una línea de continuidad (como los actuales comunitaristas gustan de sugerir) entre esta forma de integración y una amplia homogeneidad en los intereses de los miembros Afirmaba, así, Weber, que no deberíamos

> «engañarnos sobre el hecho completamente normal de que aun en las comunidades más íntimas haya presiones violentas de toda suerte con respecto a las personas más maleables o transigentes; y tampoco sobre que la "selección" de los tipos y las diferencias en las probabilidades de vida y supervivencia creadas por ella ocurran lo mismo en la comunidad que en otra parte cualquiera» [144].

En este sentido, contra los nostálgicos de la comunidad podría también ser de aplicación la tesis de Freud relativa a que la formación y estabilización de las masas organizadas (entre las que incluía también las comunidades integradas en torno a valores) debe tener lugar necesariamente a través de la vinculación libidinoso-regresiva con la figura del líder, el cual pasa a ocupar el lugar del yo-ideal de los individuos, al precio de una pérdida de libertad individual [145].

Consunción del individuo

El peligro del sometimiento del individuo por la comunidad es la sombra que acecha tras toda forma de comunitarización. Tönnies tenía claro que, a un nivel conceptual, los individuos, asumidos como miembros de la

---

[142] Cfr. Cohen, *Kommunitarimus und universeller Standpunkt* (nota 86), p. 1015.

[143] Judith N. Shklar, *Über Ungerechtigkeit*, Berlin 1992, pp. 185 ss (referido expresamente a Walzer).

[144] Max Weber, *Soziologische Grundbegriffe*, § 9, Tübingen 1976 (3ª edición), pp. 55 ss.

[145] Vid. Sigmund Freud, *Massenpsychologie und Ich-Analyse* [1921], Studienausgabe, Tomo IX, Frankfurt a. Main 1989 (5ª edición), pp. 88 ss. , 98 ss.

comunidad, sólo podían «aparecer como modificaciones y emanaciones de esa global sustancia orgánica» [146]. La convicción ilustrada, cuestionada in toto por los comunitaristas, de que el interés racional de las personas es el único y último punto de partida imaginable para la creación de las normas, vino a rechazar, por imposibilidad de fundamentación metafísica, la idea de que existen entidades supraindividuales que son en sí mismas valiosas y de las que depende el valor mismo de los individuos [147]. Frente a ello, Sandel sostiene que la noción de «comunidad» no podrá ser asumida hasta que se abandonen las bases teóricas del individualismo [148]. Este autor parece querer entender la comunidad como una especie de meta-persona. A ello tiende cuando sostiene que la comunidad es «a wider subject of possession» [149]; y también cuando, a partir del aserto anterior, afirma que los daños sufridos por los individuos en la persecución de los fines de la comunidad que vienen a constituir su verdadera identidad en realidad no representan para estos individuos un «sacrificio». Dado que el individuo debe su identidad, así como todo su talento y capacidades personales, a los vínculos constitutivos de la comunidad, vive una parte esencial de su vida casi como un agente de esa comunidad: «If I cannot be the owner I can be at least the guardian of the assets located "here", and what is more, a guardian for a communitiy of which I count myself a member» [150]. MacIntyre llega a una conclusión similar, cuando estrecha el ámbito de actuación individual éticamente tolerable a la satisfacción de pautas previas de pertenencia: «Lo que es bueno para mi, debe entonces serlo también para quien ocupa ese mismo rol» [151].

Característico de toda comunidad es que la persecución por los individuos de la «vida buena» será valorada en función de su contribución a la forma de vida de la propia comunidad y a la consecución de sus bienes comunes. El «valor» social de la persona como «miembro de la comunidad» se mide según el grado en que estén en disposición de realizar esos fines [152]. La categoría que se establece para dicha medición es la del «merecimiento» {*Verdienst*} [153], que denota un trato y respeto desigual de las personas y que

[146] Tönnies, *Gemeinschaft und Gesellschaft* (nota 114), Libro 3, § 4, p. 155.

[147] Cfr. Tugendhat, *Vorlesungen über Ethik* (nota 74), pp. 202 ss.

[148] Sandel, *Liberalism* (nota 16), p. 151.

[149] Sandel, *Liberalism* (nota 16), p. 144, 149

[150] Sandel, *Liberalism* (nota 16), pp. 143 ss.

[151] MacIntyre, *Der Verlust der Tugend* (nota 19), pp. 294.

[152] Cfr. Axel Honneth, *Kampf um Anerkennung. Zur moralischen Grammatik sozialer Konflikte*, Frankfurt a. Main 1992, pp. 197 ss.

[153] Vid. MacIntyre, *Der Verlust der Tugend* (nota 19), p. 334.

llevará, como categoría inversa, al *menosprecio* de formas de vida y convicciones personales [154]. Puede resultar plausible sostener que el desarrollo personal, en tanto abarque la propia estima, no puede prescindir de esas formas de reconocimiento que sólo pueden tener lugar en comunidades basadas en valores [155]. Lo que resulta ya más problemático de la postura comunitarista es que se pretenda relegar a un lugar secundario –o (como MacIntyre) rechazar completamente– la fundamental dimensión de un Derecho centrado en la dignidad humana y en la noción de los derechos individuales, dirigido (incluso para Hegel [156]) a procurar un reconocimiento *igual y no jerarquizado* de la persona *en cuanto tal*.

Homogeneización y dominio por la mayoría

La comunitarización precisa de un elevado grado de homogeneidad en los participantes. Pero en las sociedades complejas esa homogeneidad no surgirá ya espontáneamente, sino que sólo podrá generarse artificialmente a través de procesos simbólicos o reales de exclusión. Y el medio fundamental para esa exclusión *física* de la comunidad es el sometimiento de las minorías culturales por parte de las *mayorías morales*. Apenas cabe dudar que, *bajo las condiciones de la modernidad,* una revitalización de la comunidad como principio de ordenación social habrá de llevar a prácticas de discriminación social [157]. En este sentido, el interrogante que se plantea MacIntyre: «*Whose Justice?, Which Rationality?»* puede también leerse como: «*Whose Values?, Which Majority?».*

Un ejemplo de ello, y una de las pocas oportunidades de descender a la política jurídica comunitarista *concreta*, lo ofrece la discusión de Michael Sandel sobre la legislación penal en materia de homosexualidad [158]. Sandel mantiene incondicionalmente la posición de que el merecimiento de pena de las prácticas homosexuales debe depender *directamente* de su carácter «moral» o «inmoral» [159], y que no deberíamos «andarnos con rodeos» dis-

[154] Cfr. Honneth, *Kampf um Anerkennung* (nota 152), pp. 217 ss. Cfr. sobre esto, críticamente, Otto Fuchs, *Vergemeinschaftung durch den «Kampf um Anerkennung» oder durch Kommunikation*, München, 1994.

[155] Cfr. Honneth, *Kampf um Anerkennung* (nota 152), p. 209, 211.

[156] Cfr. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts (*nota 126), §§ 36, 38, 209, pp. 95 ss., 360.

[157] Cfr. H.N. Hirsch, *The Threnody of Liberalism. Constitutional Liberty and the Renewal of Community*, en *Political Theory* 14 (1986), pp. 423 ss. (435 ss.).

[158] Vid. Sandel, *Moral Argument and Liberal Toleration* (nota 128), pp. 521 ss. La discusión en cuyo marco se situó el artículo de Sandel, aparecida en el *California Law Review* 77 (1989), pp. 475 ss. tuvo su origen en la Sentencia *Bowers v. Hardwick* (478 US 186 (1986)). Cfr. también los comentarios sobre Sandel de Moore y Post, *ob. cit.*, pp. 539 ss. y 552 ss., respectivamente.

[159] Vid. Sandel, *Moral Argument and Liberal Toleration* (nota 128), pp. 521 ss.

cutiendo si, y en qué grado, la intimidad individual jurídicamente protegida debe ser preservada de la intromisión estatal, más allá de la lesión de intereses ajenos. Ciertamente, con el concepto de lo «moral» no se refiere Sandel a normas universalizables y procedimentalmente fundadas, sino a «bienes» constitutivos de la comunidad [160]. Pero Sandel no puede deducir esos bienes ni de presupuestos esencialistas ni de presupuestos procedimentales, sino que, como ya se dijo, está metodológicamente obligado a extraerlos de la «moral social vigente» en la comunidad, de la que, a su vez, obtienen validez las normas jurídicas. En consecuencia, el proyecto de Sandel implica que el Derecho penal debe proteger con una pena todo contenido «moral» que esté vigente en la *mayoría moral* y que ésta considere necesario para el mantenimiento de sus formas tradicionles de vida. La ontología de la comunidad propia de estos autores, tras algunos rodeos argumentativos, viene a coincidir enteramente con la posición conservadora que ya hace treinta años criticara contundentemente H.L.A. Hart, en relación a autores como Lord Devlin y Stephen [161]. En ambos casos se llega a la consecuencia sostenida por Sandel, de que las minorías deben modificar su forma de vida hasta que ésta aparezca inofensiva para los valores dominantes; un proceso para el cual la protección jurídica de esferas privadas de libertad no puede ser considerada sino como un obstáculo a superar [162].

Y es por ello por lo que también ciertos representantes de la *black community* temen, y no sin motivo, que el retroceso comunitarista de la política a los «shared values» de la clase media blanca dominante excluiría a las minorías del proceso de definición del horizonte valorativo y contribuiría, con ello, a perpetuar la desigualdad entre las razas [163]. Y, aunque la teoría moral y jurídica feminista comparte con las tesis comunitaristas la crítica a la éti-

[160] A partir de esta afirmación, sigue Sandel la estrategia de argumentar que las relaciones homosexuales no habrán de ser punibles siempre que su práctica se acomode a «los importantes bienes humanos» de la mutua lealtad y armonía íntima, que son característicos del matrimonio convencional (p. 534). Sandel, en todo caso, no parece estar dispuesto a establecer un *procedimiento* por el que pueda determinarse qué bienes deberían ser de aplicación en cada caso.

[161] Cfr. H.L.A. Hart, *Law, Liberty, and Morality. The Harry Camp Lectures*, Stanford 1963, especialmente pp.. 48 ss., 69 ss.; el mismo, *Soziale Bindung und die Durchsetzung der Moral*, en , el mismo, *Recht und Moral. Drei Aufsätze*, editado por Norbert Hoerster, Göttingen 1971, pp. 87 ss.

[162] El intento de Philip Selznick (*Dworkin's Unfinished Task*, en *California Law Review* 77 (1989), pp. 505 ss. (507, 513)), de destacar, con Sandel, el Derecho de una comunidad estatal, en la cual, con los medios del Derecho, se impondrá su «orden moral» particular y su «sentido histórico determinado de lo que es una conducta correcta», y, *al mismo tiempo*, de presentar esa comunidad, a partir del sentido dado por Tönnies, como la intención de una unidad «federal» y no homogénea, que protege sobre todo la integridad de «personas» y «grupos», no puede considerarse sino como contradictorio.

[163] Cfr. Wendy Brown-Scott, *The Communitarian State: Lawlessness or Law Reform for African-Americans?,* en *Harvard Law Review 107* (1994), pp. 1209 ss.

ca «abstracta» de la justicia y al papel del Derecho como una forma de organización social [164], hay también autoras feministas que son conscientes de que el movimiento de las mujeres poco podrá esperar de un concepto de comunidad de carácter conservador y basado en la imposición de las mayorías, como el que Sandel y MacIntyre, entre otros, defienden [165].

Derecho y moral

Si bien a lo que aspiran los comunitaristas es al establecimiento de una sociedad cohesionada en torno a valores *en vez de a través del Derecho*, en lo relativo al concreto ámbito de la política jurídica sus posturas parecen apuntar al más modesto proyecto de asimilación, al menos parcial, de la moral y el Derecho, el cual puede ser correctamente descrito como la «colonización del Derecho por el mundo de la vida». A partir del mismo, el control social dejaría de ser realizado a través de un Derecho diferenciado de otros sistemas normativos, siendo sustituido por una serie de normas sociales, espontáneamente generadas y que, por tanto, no habrían de ser sometidas a un control procedimental. Y a medio plazo, el proyecto del comunitarismo «integracionista» parece poner más esperanzas en la salutífera presión social de los defensores locales de la moral comunitaria [166] que en el Derecho. Junto a ello surge la sospecha generalizada, perteneciente al bien común comunitarista, de que la apelación a los derechos será potencialmente lesiva de la comunidad [167], la cual traerá consigo un deseado efecto de agravación de los problemas de acceso a la ley, ya que serían cada vez menos de entre los afectados, que podrían recurrir a los derechos individuales como un medio de alejamiento del horizonte valorativo común, los que estarían en disposición de alejarse psicológicamente de ese rol social [168]. El Derecho debe, desde esta perspectiva, venir sobre todo a *expresar* los valores sustantivos de la co-

[164] Vid., para una perspectiva general, Virginia Held (editora), *Justice and Care: Essential Readings in Feminist Ethics*, Boulder 1995; la misma, *Feminist Morality and Rights*, en *Rivista Europea di Diritto, Filosofia e Informatica 1995/2* (17th IVR World Congress Bologna 1995, Plenary and Parallel Sessions) pp. 153 ss.

[165] Cfr. Marilyn Friedman, *Feminism and Modern Friendship: Dislocating the Community*, en *Ethics* 99 (1989), pp. 275 ss.; y Donna Greschner, *Feminist Concerns with the New Communitarians: We Don't Need Another Hero*, en Allan C. Hutchinson / Leslie M. Green (editores), *Law and the Community. The End of Individualism?,* Toronto 1989, pp. 119 ss.

[166] Cfr. Etzioni*, The Spirit of Community* (nota 2), pp. 34 ss.

[167] Etzioni*, The Spirit of Community* (nota 2)*;* Charles *Taylor*, *Atomism* (nota 50).

[168] Joel Handler (*Law and the Search for Community*, Philadelphia 1990, p. 9, 85 ss.) forma parte, por el contrario, de los pocos autores que aspiran a una noción de comunidad entendida desde un punto de vista dialógico, con el que pretenden romper las relaciones clientelares jerárquicas entre la burocracia y los destinatarios del Estado del bienestar y crear con ello ámbitos de actuación individual, en vez de reducirlos.

munidad, de modo que la *legislación simbólica* adquirirá un mayor protagonismo [169]. Los conceptos jurídicos que habrán de obtenerse de los valores de la moral local (en lugar de a través de concepciones más controlables racionalmente, como por ejemplo la de una eficacia horizontal {*Drittwirkung*} mediata de los derechos fundamentales) serán vagos e indeterminados. Y estos elementos propios de las comunidades sustanciales, antes de que pudieran articularse por la legislación, se filtrarían en el Derecho a través de las decisiones judiciales. Con ello el comunitarismo aspira a una organización de lo político lo más limitada posible, basada en formas rígidas de autoadministración local; y se llega a una desvalorización del ámbito común de lo político, el cual, y frente a las oscilaciones arbitrarias de las preferencias locales, sólo una «lógica universalizadora del Derecho» [170], puede garantizar, y que resulta imprescindible también para la protección de los individuos.

Comunidad y democracia

Pocas veces omiten los textos comunitaristas mencionar, junto a la crítica a la supremacía del *status negativus* en la política liberal, una exigencia dirigida a dar mayor valor al *status activus* del ciudadano, siendo éste normalmente concebido por la tradición republicana como el ámbito fundamental para el desarrollo de la virtud. Pero lo cierto es que el modelo «integracionista» de comunidad y el autogobierno democrático concurren en una relación de tensión, como, de nuevo, puede contemplarse en la posición de Michael Sandel. Su intento de mostrar que la comunidad sustancial y la política participativa se implican mutuamente no resulta convincente. Resulta ciertamente difícil de entender cómo puede ser democrática una comunidad en la cual los ciudadanos renuncian en tan alto grado a su autonomía, como es la planteada por Sandel [171]. Para este autor, también una nación democrática, entendida *como comunidad*, sólo podrá serlo realmente en tanto ya esté asumida introspectivamente como *sustancia* por los individuos, y no cuando surja en forma cooperativa a través de un *proceso* democrático. Entonces, cuanto más intenso sea el consenso sobre la comunidad, a partir del grado de identificación de los individuos y sus intereses con un colectivo simbólico y sus intereses, menos necesaria –y más perjudicial– habrá de ser la deliberación [172]. Ciertamente, lo que Sandel debería determinar es si

[169] Amitai Etzioni, *The Spirit of Community* (nota 2), p. 81.

[170] Sandel, *Die verfahrensrechtliche Republik und das ungebundene Selbst* (nota 16), pp. 33 ss., y, el mismo, *Introduction* (nota 1), p. 6.

[171] Sobre la relación entre un individualismo asegurador de bienes y una individualidad democrática, vid. George Kateb, *Democratic Individuality and the Meaning of Rights*, en Nancy Rosenblum (editora), *Liberalism and the Moral Life*, Cambridge 1989, pp. 183 ss.

[172] Cfr. Barber, *Starke Demokratie* (nota 10), pp. 142 ss.

existe en realidad alguna diferencia entre su noción de «participación», la que vincula a una previa homogeneización de los participantes [173], y la idea de una «acclamatio» [174] de los miembros, dirigida al robustecimento de esa sustancia supraindividual.

Y tampoco resulta convincente la afirmación de Sandel de que el comunitarismo fomenta el desarrollo de competencias deliberativas entre los buenos ciudadanos [175], ya que con su posición no puede explicar por qué deberían tener un carácter más marcadamente constitutivo los vínculos de los individuos al Estado democrático y su trato para con éstos como *citoyens* que las pretensiones de integridad de sus comunidades intermedias. Sandel, a diferencia de Aristóteles, ni siquiera intenta fundamentar por qué el Estado es «la más relevante de todas las comunidades» [176]. MacIntyre, en cambio, resulta en este aspecto más consecuente, al afirmar que las comunidades cohesionadas por la tradición que él defiende ponen en juego su identidad ya con la mera participación en la «discusión pública» y que, por ello, el orden político moderno, incapaz de establecer una comunidad moral sustancial, «desde un punto de vista que debe verdadera fidelidad a la tradicion de las virtudes» [177] debe ser sencillamente rechazado.

Compatibilidad entre comunidades

A ello aparece unido el problema ulterior de que si partimos de los presupuestos contextualistas de Sandel, MacIntyre, Walzer o Rorty, resulta inviable establecer un marco de intermediación entre las diferentes comunidades sustanciales basado en normas independientes del contexto. ¿Cómo puede entonces llegarse a un entendimiento ético entre culturas cuyo único sostén moral es la particular tradición de cada una? Sólo quedaría (en el mejor de los casos) una relación basada en el intercambio de intereses y en la tolerancia; pero también un abierto dominio de una sobre otra, ya que en conflictos de valores, que inevitablemente habrán de surgir entre comprensiones del mundo cuasi-autistas, las condiciones que propiciarían una renuncia al en-

[173] Sandel, *Liberalism* (nota 16), p. 151: «And while "association" and "co-operation" typically presuppose the antecedent plurality of those who join together to associate or co-operate, "community" and "participation" may describe a form of life in which the members find themselves commonly situated "to begin with", their commonality consisting less in relationships they have entered than in attachments they have found».

[174] Cfr. el intento (decididamente autocrático) «rousseaunista» de Carl Schmitt de decir adiós al liberalismo y de mantener una «democracia» homogénea; en, el mismo, *Zur Geistesgeschichtlichen Lage des heutigen Parlamentarismus*, Berlin [1923],1961 (3ªedición), especialmente pp. 20 ss.

[175] Cfr. Sandel, *Introduction* (nota 1), p. 6.

[176] Aristoteles, *Politik*, 1252a ff.

[177] MacIntyre, *Der Verlust der Tugend* (nota 19), pp. 335 ss., 339.

frentamiento suelen ser mínimas, por el hecho de que esos conflictos sólo podrán ser asumidos por las partes contendientes como juegos de suma cero [178]: los intereses pueden ser discutidos, las normas pueden fundamentarse discursivamente; pero las comprensiones del mundo se excluyen mutuamente. La distinción amigo/enemigo no es *el* concepto de lo político, pero sí es el criterio político propio de las comunidades y sus relaciones entre sí. En una época de creciente globalización de las relaciones e interdependencias sociales, la alternativa del comunitarismo no parece abrir expectativas pacíficas [179].

La inevitabilidad del Derecho

Lo expresado hasta ahora puede resumirse en la tesis de que *la concepción comunitarista de la comunidad, si no quiere convertirse en totalitaria, está enfrentada al dilema de que, a la vez que no puede prescindir del funcionamiento de las estructuras jurídicas, se opone a ellas y tiende a su erosión.*

(1) Sólo un Derecho que sea neutral respecto a las concepciones individuales sobre la «vida buena» puede establecer aquellas «condiciones necesarias para posibilitar, desde el trasfondo de la modernidad, una situación adecuada de realización de las pretensiones de los comunitaristas sobre la importancia de la pertenencia social y de un proyecto personal de integración valorativa» [180]. Es la noción de la persona de derecho {*Rechtsperson*}, tan denostada por los comunitaristas, la que ha de servir como «envoltura

[178] Cfr. todavía Vilhelm Aubert, *Competition and Dissensus*, en *Journal of Conflict Resolution* 7 (1963), pp. 26 ss.; con ello, vid. Rhoda E. Howard, *Human Rights and the Search for Community*, en *Journal of Peace Research* 32 (1995), pp. 1 ss., mencionando la relación existente entre las «comunidades exclusivistas» y la «violencia doméstica e internacional».

[179] El empleo por Michael Walzer en «*Sphären der Gerechtigkeit*» (nota 71) de las «convicciones compartidas» para determinar las normas de distribución y organización dentro de una comunidad *política* requiere un alto grado de homogeneidad cultural. En Estados en los que esto no se da, ello llevará a particiones y disminuciones cada vez más intensas de las unidades, lo que a su vez llevará a menudo a que ciertas minorías serán culturalmente primadas. Así, afirma correctamente Kymlicka (*Walzer and Minority Rights*, en, el mismo, *Liberalism, Community, and Culture* (nota 35), pp. 220 ss. (228)): «[M]inorities must either play by the rules of the majority culture, without any special protection, or get out entirely and play their own game. This is [...] a multiply perverse view». Con ello, Walzer se retrotrae a un momento anterior al del Derecho natural, el cual, frente a la disolución de la comunidad cristiana en facciones rivales, reaccionó con el intento de fundar una serie de normas comunes a partir del marco omniabarcador de la racionalidad humana. En última instancia, su trabajo de 1983 persigue nada menos que una revisión de la pacificación de los conflictos religiosos y étnicos a través de su integración histórica en órdenes políticos-jurídicos a través de un proceso de *nation-building*. En todo caso, Walzer ha modificado posteriomente esta posición. Cfr., el mismo, *Zivile Gesellschaft und amerikanische Demokratie*, Berlin 1992, pp. 100 ss., 115 ss., 140 ss.

[180] Wolfgang Kersting, *Die Liberalismus-Kommunitarismus-Kontroverse in der amerikanischen politischen Philosophie* (nota 46), p. 98. Vid. también Allen E. Buchanan, *Assessing the Communitarian Critique of Liberalism*, en *Ethics* 99 (1989), pp. 852 ss. (858ss., 867 ss.).

de protección» de las identidades morales [181], por el hecho de que, a través de la garantía jurídica de la libertad personal, abre a todo individuo la posibilidad de buscar su comunidad conjuntamente con los demás, sin tener que temer por comunitarizaciones forzosas rivales. Un Estado concebido *en sí mismo* como una comunidad fuerte, y en el que unos supuestos valores mayoritarios se impusieran por medio de la coerción jurídica, vendría a amenazar las estructuras de toda comunitarización intermedia y subcultural dentro de la «civil society». El cometido genuino del Derecho, en este sentido, es tanto garantizar las formas básicas de reconocimiento de las personas *en cuanto personas* que protegen a los individuos de caer en la nada a través de las redes de las comunidades, como establecer las estructuras que permitan a esos individuos abandonar sus comunidades y entrar a formar parte de otras nuevas [182].

La construcción teórica de Walzer (véase *supra*), pero también la de Taylor y la del mismo MacInyre, precisan del necesario complemento de un sistema de derechos situado en un nivel superior a las propias comunidades. En su más reciente trabajo, Charles Taylor intenta desarrollar un proyecto de reconstrucción hermenéutica de la identidad propia de la modernidad, para lo que, desde la concepción de la política y la cultura de los países occidentales, establece tres ideas rectoras: la idea de profundidad interior y de autorreflexividad, una afirmación de la «vida cotidiana», y una imagen expresiva {*expressivistische*} de la naturaleza humana. Estas ideas vienen a suponer unos «hiperbienes» que Taylor califica como «fuentes morales» permamentes. Con ello, se asume implícitamente la tesis de que toda ética es en última instancia una «ética de bienes» [183], y que, por tanto, la teoría ética y jurídica deontológica es sencillamente *una más* de las muchas versiones sustanciales de lo bueno, concretamente la que da prioridad a un respeto mutuo y universal y a la autonomía individual [184]. La teoría de Taylor pretende resaltar que una identidad vivida «completa» condiciona el siempre precario intento de una síntesis individual de esos bienes [185]. No obstante, en el momento en que Taylor retorna de las alturas de la historia de la cultura

---

[181] Cfr. Rainer Forst, *Kontexte der Gerechtigkeit. Politische Philosophie jenseits von Liberalismus und Kommunitarismus*, Frankfurt a. Main 1994, pp. 113 ss.

[182] Vid. Jeremy Waldron, *When Justice Replaces Affection: The Need for Rights*, en, el mismo, *Liberal Rights. Collected Papers 1981-1991*, Cambridge 1993, pp. 370 ss.

[183] Cfr., para una crítica, Forst, *Kontexte der Gerechtigkeit* (nota 181), pp. 326 ss. y Habermas, *Erläuterungen zur Diskursethik* (nota 68), pp. 176 ss.

[184] Cfr. Taylor, *Sources of the Self* (nota 25), pp. 53 ss., 88, y, el mismo, *Die Motive einer Verfahrensethik,* en Wolfgang Kuhlmann (editor), *Moralität und Sittlichkeit. Das Problem Hegels und die Diskursethik*, Frankfurt a. Main 1986, pp. 101 ss. (131 ss.)

[185] Cfr. Taylor, *Sources of the Self* (nota 25), p. 504, y, el mismo, *Das Unbehagen an der Moderne*, Frankfurt a. Main 1995.

a la tierra del orden político se ve obligado a reconocer [186] que para delimitar el ámbito de su propia búsqueda individual sus modernos sujetos orientados en torno a los bienes, no pueden sino recurrir a una noción de Derecho, entendido «como esencia de las condiciones que permiten reunir el arbitrio de uno con el arbitrio del otro en una ley general de la libertad» [187]. Así, la concepción de Taylor acaba por verse obligada a otorgar a un Derecho éticamente neutral, el cual había sido considerado meramente como una concepción más de lo bueno, un papel *omnímodo,* apareciendo como una condición cuasitrascendental de la misma búsqueda de los bienes –o, expresado en la terminología de Taylor: el papel de un «meta-hiperbien»–. Algo similar puede afirmarse de MacIntyre, quien, en su más reciente aportación teórica [188], considera la idea de los derechos como *una más* –la liberal– de las «tradiciones» opuestas e incompatibles entre sí. Pero para MacIntyre, estas tradiciones institucionalizadas, aisladas unas de otras, han de concurrir, en pacífica oposición, en una misma sociedad, aspirando a la hegemonía cultural, lo que, a su vez, parece impensable sin la existencia de unas reglas de juego superiores y externas a cada tradición, las cuales sólo podrán adoptar una articulación jurídica.

(2) En cualquier caso, a la pretensión del comunitarismo «integracionista» de *sustituir* una «política de los derechos» por una «política del bien común» subyace la falacia consistente en que, del hecho de que otorgar una atención prioritaria a los derechos individuales no haya de ser razón *suficiente* para afirmar la «bondad» de una sociedad, terminan por concluir que esa atención primordial a los derechos ni siquiera es razón *necesaria* para afirmar dicha bondad. Con ello, estos autores vienen a socabar los requisitos motivacionales del acatamiento de las leyes: por un lado, pretenden que los individuos, como miembros de comunidades constitutivas integradas en torno a valores morales, defiendan sus lealtades *locales* y particulares frente a los preceptos aparentemente abstractos emanados de una ética deontológica y frente al principio de igualdad ante la ley [189]. Por otro lado, en el marco de esa reorganización comunitarista de la sociedad, a medio plazo

---

[186] Parece hacerlo cuando reconoce que es posible «to be strongly in favour of a morality based on a notion of the good but to lean to *some procedural formula* when it comes to the principles of politics» (*Sources of the Self* (nota 25), pp. 532, nota 60, cursivas añadidas). Más clara, en relación a la imposibilidad de renunciar a los derechos fundamentales, es la posición de Taylor en *Multikulturalismus und die Politik der Anerkennung*, Frankfurt a. Main 1993, p. 53.

[187] Immanuel Kant, *Metaphysik der Sitten*, Werkausgabe VIII, Frankfurt a. Main 1977, p. 337.

[188] Cfr. MacIntyre, *Three Rival Versions of Moral Inquiry* (nota 69), pp. 216 ss.

[189] Cfr. sobre ello la más moderada posición de Philip Selznicks, *The Moral Commonwealth. Social Theory and the Promise of Community*, Berkeley 1992, pp. 193 ss. y, el mismo, *Dworkin's Unfinished Task* (nota 162), pp. 505 ss. (513).

habrá de exigirse a las minorías que adopten la identidad que las mayorías hayan dispuesto para ellas, y ello, en caso necesario, habrá de ser realizado con los medios propios del Derecho. El efecto deslegitimador que esa estrategia conllevaría para el sistema jurídico es evidente [190].

Asimismo, los mecanismos de cohesión social que, tras la desaparición de una comprensión integradora del mundo, habrían de subvenir a la integración de la sociedad, resultarán más perjudiciales que beneficiosos. Frente a la aseveración de Sandel, relativa a las posiciones de Rawls y Dworkin, de que el Estado liberal no es capaz de asumir los deberes de redistribución propios del Estado social [191], sería, por el contrario, el comunitarismo el que destruiría los presupuestos motivacionales de la solidaridad abstracta, ya que ese «encumbered self» totalmente integrado en la comunidad local no podría desarrollar ninguna noción de justicia posconvencional en relación a las «necesidades de los extraños» (Ignatieff) [192].

Por otra parte, desde el punto de vista de una sociología de roles, la comunitarización sustancial deja inermes a los individuos inmersos en la misma, ya que impide el desarrollo de los requisitos cognitivos necesarios para la acción racional individual y colectiva, que sólo pueden surgir dentro del entramado de relaciones complejas y múltiple articulación de roles propio de las sociedades modernas [193]; hecho este que encuentra reminiscencias ya en la maliciosa tesis de Nietzsche relativa a la vinculación directa entre las comunidades tradicionales y el embrutecimiento [194].

---

[190] Cfr. Kymlicka, *Contemporary Political Philosophy* (nota 38), p. 228

[191] Cfr. Sandel, *Liberalism* (nota 16), p. 66.

[192] Michael Ignatieff, *The Needs of Strangers*, London 1984. Alan Wolfe (*Whose Keeper? Social Science and Moral Obligation*, Berkeley 1989) acentúa, por el contrario, el papel de los grupos intermediarios en la sociedad civil para el aprendijzaje de las reglas y formas de conducta morales que fundamentan úncamente obligaciones locales en «small-scale worlds». Wolf cree, sin embargo, en la posibilidad de que los recursos motivacionales de la solidaridad abstracta, en sociedades que trasciendan el contexto local, se generen a partir de las fuentes de la moral inherente a las relaciones íntimas, sin recurrir al mito de la existencia de comunidades fuertes.

[193] «[U]nder social conditions offering predominantly simple role sets, *the lack of a basic source of disturbance is also a lack of a basic source for reflection*. [...] A gemeinschaft may prevent individuals from articulating their roles in relation to the complexities of the outside world» (Rose Laub Coser, *In Defense of Modernity. Role Complexity and Individual Autonomy*, Stanford 1991, pp. 25 ss., pp. 71 ss., 167 ss.).

[194] Friedrich Nietzsche, *Menschliches, Allzumenschliches I* (1878), Párrafo 244, Kritische Studienausgabe, Tomo 2, Munich, 1988: «La historia nos enseña que la raza de un pueblo que se conserva mejor es aquélla en que la mayoría de los individuos tienen un vivo sentimiento común, causa de la identidad de sus principios esenciales, habituales e indiscutibles, consecuentemente, por tanto, con su creencia común (...) El peligro de estas comunidades, fundadas en individuos característicos de una misma índole, es el embrutecimiento paulatino acrecentado por herencia, el cual sigue, por lo demás, a la estabilidad como si fuese su sombra».

Por último, la insistente afirmación comunitarista de que los vínculos de la comunidad deben ser previos y no pueden ser elegidos [195] se sitúa en directa oposición a toda forma de relación comunitaria compatible con una sociedad compleja, con el pluralismo y la diferencia, marco donde residen las *verdaderas* fuentes de la solidaridad en las modernas sociedades.

En conclusión, tras un análisis más detallado, las genéricas afirmaciones sobre la atomización, la anomia y la pérdida de pautas morales de las modernas sociedades [196] aparecen necesitadas de revisión. La solidaridad es un producto de la modernidad que sólo puede surgir en la medida en que los lazos coercitivos de las comunidades tradicionales se debiliten: «que éstos se rompan, no implica la disolución de los vínculos sociales, sino su transformación. El compromiso social que se exterioriza en la solidaridad no se reducirá con la tendencia a la individualización; sencillamente ganará en espontaneidad, en honestidad, en diversidad» [197]. Tras la erosión de las pautas tradicionales de interrelación, pasan a ocupar el primer plano las formas de socialización que dejan a elección del individuo la decisión sobre su participación. Por ello, sólo un marco de relaciones sociales espontáneamente creado y con una estructura abierta puede cumplir lo que el comunitarismo promete. Y para ello son requisitos esenciales tanto la protección jurídica de la libertad individual, como un grado suficiente de «capacidad de elección» [198] y de competencias sociales postradicionales para la creación de dichas relaciones sociales; precisamente aquellos presupuestos que ha pretendido rechazar el comunitarismo integracionista.

Si el problema radica en el Estado liberal, ¿cómo podría ser el comunitarismo la solución?

(Trad. de Rafael Alcácer Guirao)

---

[195] Cfr. sobre todo Sandel, *Liberalism* (nota 1), pp. 149 ss.; MacIntyre, *Verlust der Tugend* (nota 19), pp. 293 ss.

[196] Vid. por ejemplo Bellah et al, *The Good Society*, (nota 132), pp. 266 ss.

[197] Karl-Otto Hondrich / Claudia Koch-Arzberger, *Solidarität in der modernen Gesellschaft*, Frankfurt a. Main 1992, pp. 20s., 114 ss.

[198] Heiner Keupp, *Ambivalenzen postmoderner Identität*, en Ulrich Beck / Elisabeth Beck-Gernsheim (editores), *Riskante Freiheiten. Individualisierung in modernen Gesellschaften*, (nota 131), pp. 336 ss. (343).

Francesco Viola

«LA ÉTICA DE LOS DERECHOS»

DOXA 22 (1999)

LA ÉTICA DE LOS DERECHOS

Francesco Viola
Universidad de Palermo

Los derechos, entre la fragmentación y la unidad de la ética

Entiendo por «ética de los derechos» aquella ética en la que los derechos son el valor prioritario y dominante, y en la que, por tanto, la cuestión fundamental no consiste en establecer si una acción es buena o debida, sino si se tiene o no el derecho a realizarla. Es legítimo hablar de una ética de los derechos cuando éstos están cargados de una connotación moral (*moral rights*).

Muy pocos de los valores e ideales del pasado pueden alcanzar el consenso universal que se le reconoce hoy en día a los derechos. No me refiero al hecho de que los derechos sean objeto de tratados internacionales o de declaraciones «universales», pues los unos y las otras son a menudo ocasión para la hipocresía y la reserva mental, sino que tengo en mente la frecuente reivindicación del derecho a la propia identidad individual y colectiva, defendida frente a quien tiene una identidad claramente distinta. Esto supone que en un régimen pluralista la única posibilidad de comunicación entre las distintas familias culturales, ideológicas y espirituales parezca darse precisamente en los derechos. No se comprenden entre ellas, son todavía mundos cerrados en sí mismos pero, sin embargo, pueden llegar a comprender qué significa respetar los derechos del otro, del distinto, porque saben que significa exigir y tener el respeto a los propio derechos.

La constatación de que los derechos se han convertido en el lenguaje para la comunicación entre individuos de distintas culturas en el régimen del pluralismo no significa, no obstante, que pueda hablarse de una ética de los derechos; es decir, de una ética alternativa a la del bien, de lo debido o de lo útil. El consenso universal en relación con la posibilidad de interpretar los derechos como la consolidación una verdadera y propia «ética» es muy problemático por muchas razones [1].

[1] Me he ocupado ya de este tema en los escritos siguientes, a los que remito de una vez para la profundización y las referencias: «Antropologia dei diritti dell'uomo», en *Nuove Autonomie*, 4, 1995, pp. 231-253; «I diritti dell'uomo e l'etica contemporanea», en *Ragion prati-*

Antes que nada, hay que considerar que si la época del pluralismo tuviera que identificarse por una ética común, estaría contradiciéndose a sí misma, pues el pluralismo supone, por definición, la ausencia de comunidad de los valores éticos. En consecuencia, el intento de interpretar el consenso acerca de los derechos como un consenso ético tendría que verse como mistificante y peligroso. Tendría que tratarse, de manera más modesta, como un consenso «jurídico» dirigido a aplicar el principio de tolerancia a quien piensa y vive de manera distinta. La mera coexistencia jurídica está bien lejos de poder ser considerada como portadora de una verdadera ética, propiamente dicha. Consecuentemente, hablar de «ética de los derechos» conduciría a una comprensión errónea de dicha función delicada e importante, aplicándole categorías inapropiadas. La época de los derechos supondría, sin más, el final de la ética en su acepción tradicional y su substitución por los procedimientos jurídicos.

Por otro lado, la difusión de la práctica de los derechos parece se una de las principales causas de la rotura actual de la moral. De hecho, junto con la pérdida de una ética común, ha venido también la parcelación del universo moral. Ya no existe la ética, sino las éticas: la ética pública y la ética privada; la de la vida humana y la de la tierra; la de los animales y la de las generaciones futuras; la de las profesiones y la de los negocios. A causa de la especificidad de las problemáticas, las nuevas demandas morales tienden a generar universos de valores y principios separados y no rara vez contrapuestos. Ninguna de estas éticas avanza pretensiones normativas fuertes e ineludibles, sino que la vida ética de los individuos resulta lacerada por exigencias a menudo incompatibles, quedando dividida en sí misma. Las teorías éticas del pasado (aun del relativamente reciente) estaban construidas sobre el presupuesto de la unidad de la vida moral y la universalidad de sus principios y, consecuentemente, no pueden afrontar esta desorientadora complejidad.

Sin duda, una de las causas de esta fragmentación de la ética reside en la toma de conciencia de los propios derechos por parte de los individuos y los grupos. Ello ha introducido el pluralismo en el seno de las comunidades morales tradicionales, cuyos participantes, aun sintiéndose unidos por vínculos comunes, ya no tienen, en todo y para todo, un *idem sentire*, y cultivan convicciones y comportamientos divergentes. Hay, pues, una tendencia al pluralismo ético aun dentro de las tribus morales. Pero, entonces, ¿no se-

---

ca, 4, 1996, 6, pp. 195-213; «Una moralità basata sui diritti», en S. Zamagni (ed.), *Economia, democrazia, istituzioni in una società in trasformazione. Per una rilettura della Dottrina Sociale della Chiesa*, Il Mulino, Bolonia, 1997, pp. 379-415; *Dalla natura ai diritti. I luoghi dell'etica contemporanea*, Laterza, Roma-Bari, 1997, pp. 271-352.

ría contradictorio pensar y esperar que una ética de los derechos reconstruirá lo que los derechos han contribuido a romper y a disolver?

En un sentido contrario, hay que tener en cuenta que todas estas éticas surgidas de la descomposición de la ética general tienen en común la exigencia del reconocimiento y el respeto de los derechos. Se abriría así para la ética de los derechos la posibilidad de realizar una recomposición de estas éticas particulares o, al menos, de activar una vinculación entre ellas, de modo que se puedan evitar contradicciones e incoherencias entre las normas morales [2]. Se cree que el abandono del modelo tradicional de una ética única y universal podría ser substituido por un modelo policéntrico, en el que los mini-universos éticos estarían vinculados y controlados por el común reconocimiento del valor ético de los derechos. Esta concepción está en la base de la tesis que quisiera contrastar. Si los derechos son aquello que tienen en común las distintas éticas particulares nacidas de la fragmentación, no pueden, realmente, considerarse como una ética entre las otras. Lo que tienen en común es la forma de la reivindicación, su pretendido título ético-jurídico, pero en la substancia los derechos son fuente de conflicto y contraposición. Ésta es la dificultad que quisiera ahora considerar.

Parece, entonces, que la apelación común a los derechos por parte de las éticas particulares supone más una fuente de división que una plataforma para la reunificación. En efecto, el contraste más notorio es el que se da entre los derechos humanos y los derechos de los animales: la expansión de unos supone necesariamente la restricción de los otros. Sin embargo, éste es un caso-límite que podría neutralizarse señalando el sentido impropio o metafórico en el que se habla de «derechos de los animales»; aunque quedaría todavía el hecho de que la ética ecológica, y no sólo en su versión *deep*, tiende a dudar frente a los derechos humanos, si no es que llega incluso a ser anti-humanista. Los derechos humanos exaltan la autonomía personal de los individuos, mientras que la protección de la naturaleza y de las especies vivas exige una grave limitación de la libertad de elección de los individuos. La bioética pretende tutelar la voluntad del sujeto, mientras que el individuo está en función de la especie, y ésta, a su vez, del equilibrio del ecosistema. Además, mientras que los animalistas, por un lado, rechazan el antropocentrismo de los derechos humanos, por otro, desconfían frente a la ética ecologista, pues ésta desconoce el valor en sí de los seres vivos y sensibles. Parece, pues, que los derechos de la naturaleza, de los animales y de los humanos son irreconciliables.

Excluyendo, pues, la posibilidad de una ética unitaria de los derechos de los seres vivos y sensibles, parecería que queda todavía la posibilidad de

[2] Cfr, C.S. Nino, *The Ehics of Human Rights*, Clarendon Press, 1991.

una ética general de los derechos humanos. Esta ética podría abordar la tarea de recomponer las éticas particulares que se inspiran en los derechos humanos. Sin embargo, esto también es altamente problemático. A propósito de ello es muy ilustrativo el viraje más reciente de la evolución de los derechos descrito por Bobbio como el paso «de la consideración del hombre abstracto a la del hombre en las distintas fases de la vida y en sus distintos estados» [3]. Los derechos siguen la forma cultural de identificación del ser humano.

La identificación propia de la antropología ilustrada coloca a la dignidad humana en una posición que prescinde de cualquier referencia a los contextos particulares de la existencia; esto es, sin consideración de la raza, del color de la piel, de la lengua, de las creencias religiosas, del sexo, de la edad. La igualación de los hombres se afirma prescindiendo de las diferencias. Por contra, la identificación propia de la antropología historicista no cree que sea posible renunciar a las condiciones particulares de la existencia humana. El ser humano se identifica mediante su modo de ser: como niño, como adulto, como mujer, como anciano, como enfermo, como minusválido, como trabajador, etc. En estas condiciones, habrá racimos de derechos ligados a su situación existencial; es decir, una ética de los derechos de la infancia, una ética de los derechos de la mujer, una ética de los derechos del trabajador, etc. La igualación de los derechos de las personas es la igualación de las diferencias, es decir, igual derecho al respeto de una diversidad de por sí incompatible. No obstante, estas éticas de los derechos entran a menudo en conflicto entre ellas. Afirmar hoy –como lo hizo Mill– que los derechos se extienden hasta la punta de nuestra nariz, sería una simplificación, al menos que nuestra nariz fuera como la de Pinocho. El conflicto de derechos es una realidad frente a los ojos de cualquiera.

Frente a estas dificultades, que por otra parte no son las únicas, tiene que excluirse la posibilidad de hablar actualmente de una ética de los derechos, ni en sentido general ni en sentido particular. No obstante, en virtud del consenso universal que he señalado anteriormente, se cree en la posibilidad de que los derechos reunifiquen el mundo ético en ruinas y que reconstruyan la unidad de la persona moral. Parece que ésta es hoy una exigencia ineludible.

Una vez que aceptamos que no podemos redefinir una visión unitaria del mundo en un régimen pluralista, confiamos a nuestra vida privada la tarea de una recomposición válida sólo para nosotros y para quienes son como nosotros. Algunos dedican su vida al movimiento de liberación de los animales; otros a la defensa de la naturaleza; otros se asocian en movimientos

[3] N. Bobbio, *L'età dei diritti*. Einaudi, Turín, 1990, p. XVI y también pp. 62-72.

para la defensa de la vida humana; otros se baten a favor del aborto o de la eutanasia. Todos, sin embargo, piensan que luchan por valores que no son privados y que todos deberíamos respetar; esto es, en otras palabras, por derechos. En este sentido, no es sólo importante subrayar una urgencia de nuestra conciencia ética, sino que también es importante la pregunta acerca del horizonte de valores y principios que dicha ética debería contener. Tiene muy poco sentido defender a los animales en peligro de extinción, si ello no conlleva la aceptación de una moral acerca del orden del mundo, según la cual, todos deberíamos poder convivir. Este nivel profundo de la ética es el ámbito de comunicación de los problemas particulares, el lugar donde residen los grandes principios de la ética. En consecuencia, es necesario reconquistar este espacio posterior para poder reunir de nuevo los fragmentos en los que se ha descompuesto la exigencia moral. ¿Pueden asumir los derechos hoy esta tarea?, ¿puede ser la defensa de los derechos la solución a nuestros dilemas morales?[4]

Trataré ahora de mostrar el carácter problemático de las anteriores preguntas y las dificultades que interfieren en la realización de dicha tarea. Para este fin dividiré el análisis en dos partes. La primera se refiere al concepto de «ética» y la segunda al de «derechos».

Ética, ¿en qué sentido?

Cuando se habla de «ética de los derechos», en no pocas ocasiones se quiere aludir más exactamente a la cuestión de que los derechos tienen una dimensión profundamente moral, que no puede tratarse como un asunto exclusivamente jurídico. Esto es cierto, obviamente, pero también poco interesante para quienes queremos saber si los derechos constituyen o pueden constituir una ética completa y autosuficiente.

Afirmar que en la actualidad se reconoce que los derechos son un problema moral, significa presuponer una determinada concepción acerca de aquello que es moral. Dicha concepción se puede resumir así: la moral es aquello que la gente piensa que es moral. No se trata de una tesis banal, pues sugiere un punto de partida decisivo. Toda vez que aquí tenemos que tratar el problema de cuál es la mejor vida para el ser humano y de cómo debe comportarse frente a los otros –esto es, con qué sistema de valores, de exigencias, de reglas que gobiernen la acción humana–, debemos asumir, aunque sea de forma preliminar, las opiniones más difundidas y consolidadas (*éndoxa*). En este sentido, la construcción de un sistema moral completa-

[4] J.L. Mackie se manifiesta a favor de una ética basada en los derechos en «Can There Be a Right-Based Moral Theory?», en P.A. French, T.E. Uehling Jr. y H.K. Wettstein (eds.), *Studies in Ethical Theory, Midwest Studies in Philosophy*, 3, 1978, pp. 350-359.

mente independiente de la práctica concreta de la gente encontraría en su carácter abstracto un importante límite: la imposibilidad de dar cuenta de la vida real de los seres humanos y de ofrecer reglas de acción aplicables. Es ésta, de hecho, la razón de la fortuna del método del equilibrio reflexivo propuesto por Rawls [5]. Las éticas *more geometrico demostrata* han incumplido su objetivo, quedando expuestas al revisionismo de los principios morales y generando como reacción formas de ética emotivistas e irracionalistas.

Podemos asumir, sin necesidad de probarlo, que los derechos humanos han devenido los *éndoxa* de nuestro tiempo; esto es, su valor ético imprescindible es una opinión muy difundida y en continua expansión, y se ha creado a su alrededor un acuerdo práctico de intersección (*overlapping consensus*) entre familias ideológicas bien distintas.

Este «hecho moral» exigiría un análisis profundo e interpretaciones complejas, pues, si la ética se detuviera aquí, si se limitara a la moral positiva renunciando a su dimensión crítica, ya no se podría hablar de un «saber moral» [6]. La sensibilidad moral de la gente ha cambiado mucho respecto de la del pasado –incluso del reciente–. Este es un hecho instructivo, pero no constituye por sí mismo una justificación, como están dispuestos a creer los *laudatores temporis acti* que nunca faltan [7]. De hecho, consideramos como moral una vida que no se deja arrastrar por la costumbre difusa y por la mentalidad corriente, sino que somete todo ello al escrutinio de la razón y sabe distinguir el problema del origen del de la legitimación. En esto se distingue la ética de la etología. Podemos, pues, considerar por el momento que los derechos humanos son el «material» ético sobre el que se refleja (y debe reflejarse) el saber moral de nuestro tiempo.

En este punto se debe tener en cuenta, inmediatamente, que la valoración crítica de dicho contenido ético es muy controvertida. Cuando pasamos de la afirmación de los derechos humanos como principios a su aplicación a casos concretos, acontece –como ya se ha señalado– que el prometedor acuerdo práctico da lugar al conflicto más lacerante. Éste es un mal indicio para una doctrina que pretende erigirse en ética unitaria, pues parece legitimar y acoger es su seno casos bien incompatibles. Podría objetarse que también en las otras doctrinas ocurre algo similar. Ciertamente, no hay un acuerdo entre los utilitaristas acerca de cómo han de aplicarse los principios de utilitarismo a los casos concretos; ni los partidarios de la ética deontológica están de acuerdo sobre los deberes universales. Sin embargo, en ambos casos se trata de individualizar el contenido de una ética normativa me-

[5] J. Rawls, *A Theory of Justice*, Oxford University Press, Oxford, 1971, pp. 46-53.

[6] Cfr. J. Maritain,, «Du savoir moral» (1936), *Revue thomiste*, 82, 1982, pp. 533-549.

[7] Una selección de las opiniones emergentes acerca del modo de entender los hechos morales puede encontrarse en *Micromega. Almanaco di filosofia*, 1997, pp. 7-146.

diante los criterios racionales considerados más idóneos. En este sentido, lo útil se determina aplicando los principios del consecuencialismo, y aquello que es debido será determinado, por ejemplo, aplicando los criterios del imperativo categórico kantiano. Este último rasgo supone que estas éticas normativas son verdaderas y propias teorías morales, en tanto que proveen de los criterios y los principios para desarrollar el razonamiento moral [8]. No puede decirse lo mismo de la ética de los derechos [9].

Si consideramos las tres principales teorías morales; el consecuencialismo [10], que considera esenciales los efectos de las acciones; la ética deontológica [11], que se centra en valorar las acciones en sí mismas; y la ética de la virtud [12], que considera preeminente el papel del agente, podemos darnos cuenta fácilmente de que ninguna de ellas puede tener como objeto los derechos; mientras que, a su vez, la ética de los derechos no puede mostrar criterios de juicio y de argumentación propios. Consecuentemente, hay que descartar que la ética de los derechos pueda configurarse como una teoría ética normativa similar a las otras. Es más verosímil que se trate de algo relativo al carácter imprescindible de ciertos valores fundamentales, cuya fundamentación y articulación estaría vinculada a criterios de juicio moral tomados de las otras éticas normativas. Esta solución, sin embargo, encuentra algunos obstáculos significativos.

Las principales éticas normativas no logran gobernar de modo aceptable los nuevos contenidos de la moral.

Se han intentado aplicar, con algún resultado, los principios del utilitarismo a los derechos, pero queda todavía el hecho de que existe una incompatibilidad originaria entre el consecuencialismo y los derechos: los derechos no pueden aceptar que se les deje a un lado, si violarlos es útil para el individuo o la sociedad. Según Dworkin, un derecho es una pretensión del individuo que sería injusto no satisfacer por parte del poder político, aunque ello no fuese compatible con el interés general [13]. Por otro lado, Peter Sin-

---

[8] W.K. Frankena, *Ethics*, 2ª ed., Prentice-Hall, Eaglewoods Cliffs, N.J., 1973.

[9] Aquí no tendré en cuenta la metaética trascendental de los derechos desarrollada, aunque en distinto sentido, por O. Höffe en «Déterminer les droits de l`homme à travers une discussion interculturelle», *Revue de métaphysique et de morale*, 104, 1997, pp. 461-495 y por A. Gewirth en *The Community of Rights*, University of Chicago Press, Chicago, 1996.

[10] R. Brandt, *A Theory of the Good and the Right*, Clarendon Press, Oxford, 1979 y D. Parfit, *Theory of Morality*, University of Chicago Press, Chicago, 1977.

[11] W.D. Ross, *The Right and the Good*¸ Clarendon Press, Oxford, 1930 y A. Donagan, *The Theory of Morality*, University of Chicago Press, Chicago, 1977.

[12] Ph. Foot, *Virtues et Vices. And Other Essays in Moral Philosophy*, University of California Press, 1978.

[13] R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge MA., 1978, p. 269.

ger –al igual que Bentham– admite la posibilidad de aceptar, por razones utilitarias, incluso el infanticidio [14]. Los derechos constituyen con su propia presencia una crítica insuperable al utilitarismo.

Ninguna ética deontológica se encuentra a gusto con los derechos. Es cierto que puede admitirlos en su concepción, al estar predispuesta a ello por la negativa kantiana a la instrumentalización de la persona humana, pero no se puede construir una moral deontológica fundada en la primacía de los derechos [15]. Una de las objeciones más comunes contra una moral basada exclusivamente en derechos se fundamenta en que la eliminación de la primacía del deber es inaceptable por razones estructurales [16]. Si la moral va en busca de las reglas como guía para la acción, ello supone que su objetivo primario es preguntarse cómo se *debe* actuar. Desde luego que muchos de estos deberes podrían derivarse del respeto de derechos, pero, dejando a un lado el hecho de que no todos los deberes pueden justificarse de esta manera [17], quedaría el hecho de que sin preceptos, normas, reglas o leyes, no podría hablarse de «ética deóntica» ni, probablemente, de ética *tout court*.

Una moral sin derechos, aunque opresiva, no es impensable; pero una moral sin deberes parece una contradicción en los términos. No obstante, es necesario reconocer que la aspiración de la postmodernidad es la de liberarse de los deberes y de la ley [18]. En la época del *après-devoir*, el sacrificio, los ideales, los objetivos absolutos, las utopías, las ideologías, parecen carecer de todo sentido y, sin embargo, se está dispuesto a luchar y a sufrir por los derechos.

Por último, también la ética de la virtud tiene sus propios problemas con los derechos. ¿Acaso MacIntyre no ha sido rudo al juzgar el fenómeno actual de expansión de los derechos, parangonándolo con la creencia de las brujas o los unicornios? [19] Por su parte, Carol Gilligan ha elaborado una versión feminista de la ética de la virtud que reemplaza a los derechos y a la

---

[14] P. Singer, *Etica pratica*, trad. it. de G. Ferranti, Liguori, Nápoles, 1989, pp. 128-129.

[15] A propósito hay que recordar que Otfried Höffe ha propuesto introducir, desde una óptica kantiana, una nueva categoría que permita la construcción de un orden jurídico internacional: el imperativo jurídico categórico. Cfr. O. Höffe, *Principes du droit*, Cerf, París, 1993.

[16] Esta crítica ha sido formulada por M.D. Bayles en «Against Right-Based Moral Theories», en W. Maihofer y G. Sprenger (eds.), *Law and States in Modern Times*, Steiner Verlag, Stuttgart, 1990.

[17] En esta observación profundiza, entre otros, J. Raz, en *The Morality of Freedom*, Clarendon Press, Oxford, 1986.

[18] G. Lipovetsky, *Le crépuscule du devoir*, Gallimard, París, 1992.

[19] A. MacIntyre, *Dopo la virtù. Saggio di teoria morale*, trad. it. de P. Capriolo, Feltrinelli, Milán, 1988, p. 90.

autonomía con las ideas de cuidar de los otros (*care*), de responsabilidad y de intersubjetividad [20].

La ética de la virtud se propone tres objetivos: avanzar una concepción de las características fundamentales de un modelo de persona; identificar cuales son las virtudes necesarias para ser una persona de tal tipo, y señalar las vías para llegar a poseer las virtudes apropiadas. En cualquier caso, desde la perspectiva de la ética de la virtud, es decir, del carácter que se debe poseer para desempeñar correctamente el «oficio humano», los derechos no pueden jugar más que un papel secundario y de protección externa de los contextos sociales y culturales en los que se articula el modelo ideal de hombre virtuoso. Lo que la ética de la virtud no puede digerir es la universalidad ilustrada de los derechos y su descontextualización. Sin embargo, también esto último es problemático, pues –como ya hemos visto– la percepción del valor de los derechos está en continua transformación. La interpretación individualista de los derechos es sólo una de las distintas maneras en que puede entendérselos.

Estas dificultades que encuentran las éticas normativas en el «manejo» de los derechos son, en el fondo, la razón de nuestro problema: ¿se puede hablar de una ética de los derechos como ética normativa autosuficiente?

Hemos visto que por la falta de criterios internos de juicio moral propios, el mundo de los derechos no logra constituirse como ética normativa autónoma. No obstante, en la filosofía moral contemporánea se verifica una línea de pensamiento caracterizada precisamente por la prioridad de los derechos. Me refiero al principio de la separación entre lo bueno y lo justo [21]. En este sentido, se piensa que el problema del bien se corresponde a las preferencias personales y que la felicidad es, en consecuencia, irremediablemente subjetiva; mientras que el problema de lo justo corresponde al ámbito de la imparcialidad y de las reglas formales y, por tanto, está dotado de una pretensión de objetividad.

Los derechos son espacios de libertad que los individuos utilizan según sus preferencias para dar forma a sus proyectos de vida y, consecuentemente, a sus concepciones del bien. Una teoría de la justicia se ocupará, pues, de las reglas que gobiernan el conflicto entre libertades. Estas reglas deben tener un carácter meramente procedimental; no deben guiar, presuponer o sostener ninguna concepción particular del bien. Así, la incapacidad ya se-

---

[20] G. Gilligan, *In a Different Voice. Psychoanalytical Theory and Woman's Development*, Harvard University Press, Cambridge MA., 1982 y, también, N. Noddings, *Caring: A Femenine Approach to Ethics and Moral Education*, University of California Press, Berkeley, 1984.

[21] Cfr. entre otros, a J. Rawls, «La priorité du juste et les conceptions du bien», *Archives du philosophie du droit*, 33, 1988, pp 39-59 y Ch. Taylor, «Le juste et le bien», *Revue de métaphysique et de morale*, 93, 1988, pp. 33-56.

ñalada de las éticas tradicionales, junto con la imposibilidad de construir una ética normativa de los derechos, empuja a elaborar una teoría de la justicia [22]. Ésta es la razón del actual florecimiento del problema de la justicia; punto de intersección entre la filosofía política, jurídica y moral.

La teoría de la justicia pertenece a la ética pública y no a la privada: no dice qué elecciones deberían realizar los agentes morales, ni cómo deberían organizar su vida, pues ello supondría ocuparse del bien y asumir posiciones paternalistas. La teoría de la justicia se ocupa de las características que deberían tener las instituciones sociales y políticas para poder considerarlas «justas», esto es, imparciales y respetuosas de los derechos. En este sentido, tiene que ver con los derechos, pero debe abstenerse de proponer una concepción determinada de éstos o de su uso, pues, de otro modo, perdería su neutralidad y su carácter procedimental.

La teoría de los derechos de Robert Nozick se basa en el presupuesto de que los individuos tienen «existencias separadas» y de que los derechos son las fronteras infranqueables que les separan y les protegen del poder estatal [23]. Ésta es una concepción individualista de los derechos que vulnera el carácter neutral de su teoría de la justicia pues, de hecho, son posibles e igualmente legítimas y respetuosas de la sociabilidad humana, otras concepciones de los derechos como, por ejemplo, la solidaria.

La ética de los derechos sostiene una prioridad absoluta, pero se traiciona a sí misma cuando se une a una determinada manera de concebirla. Éste es un desafío muy temerario y me pregunto si es posible sostenerlo hasta sus últimas consecuencias. La ética de los derechos no sólo no tolera ninguna paternidad metafísica o antropológica, sino que tampoco puede asumir la forma de una teoría moral sin salir de su connatural estado de incertidumbre, que es, precisamente, la virtud más apreciada por la postmodernidad [24].

Derechos, ¿en qué sentido?

Hasta ahora hemos considerado a los derechos como una categoría distinta de las del bien, del deber y de lo útil. Se puede tener derechos y usarlos mal. Esta distinción no debe entenderse como una contraposición, sino como una muestra de independencia de los derechos respecto de la tradicional ética categórica del bien. Muchos abortistas no creen que el aborto sea un bien, pero aun así sostienen el derecho a abortar. Sostener, pues, la

[22] John Rawls ha abierto esta vía que ha demostrado ser muy fecunda y muy ramificada.

[23] R. Nozick, *Anarchia, Stato Utopia*, trad. it. de E. y G. Bona, Le Monnier, Florencia, 1981.

[24] Cfr. Z. Bauman, *Le sfide dell'etica*, trad. it. de G. Bettini, Feltrinelli, Milán, 1996, pp. 24 ss.

ética de los derechos significa defender que la esfera de lo lícito tenga la misma dignidad que la de lo bueno (me parece que es éste el sentido de la expresión *moral rights*), en la medida en que se trata de dos registros distintos de valoraciones morales: la valoración moral pública, basada en derechos, y la valoración moral privada, fundamentada en el bien. En este sentido, los abortistas piensan que todos deberíamos acordar en la existencia del derecho a abortar, mientras que es legítimo que no todos estemos de acuerdo en la convicción subjetiva de que el aborto sea un mal. Es significativo que también las opiniones subjetivas acerca del bien sean protegidas por derechos; por el derecho a la libertad de creencias.

No se puede negar, sin embargo, que si bien es cierto que la ética de los derechos no se contrapone a la del bien, que no la excluye, sigue llamando necesariamente a la relativización. Cuando la ética tradicional sostiene que algo es bueno, debido o útil, ello no tiene sólo el valor de una opinión subjetiva, sino de un principio o de una norma universal válida para todas las personas en casos similares. Consecuentemente, se puede tolerar a los «disidentes» por distintas razones de carácter social, pero no por el valor de sus opiniones subjetivas: aunque tengan derecho a equivocarse, queda todavía el hecho de que se equivocan. La ética de los derechos va más allá de la ética de la tolerancia, pues aspira a recoger las distintas opiniones subjetivas sin ninguna discriminación y sin sobreponer ningún tipo de examen preventivo. Pero, ¿puede admitirse esta actitud como principio?

Para responder a esta cuestión debemos echar una mirada a los distintos modos de entender el concepto de «tener derechos». En este respecto el disenso es tan amplio que resulta vano el intento de considerar todas las distintas variaciones de significado. Pero, no obstante, se puede intentar reunir los principales sentidos.

Comoquiera que «tener derechos» significa que las demás personas deben tratarnos en cierta manera, el modelo clásico del comportamiento inspirado por el respeto de derechos es el de la no interferencia, que supone una forma de trato consistente en la abstención de acciones invasoras. Los otros no deben interferir en nuestras elecciones o en nuestra vida; en una determinada esfera de acciones que, de este modo, configura la tipología de los derechos. Pero no se trata sólo de no interferir directamente en el ejercicio de nuestra libertad de elección, sino de no restringir la amplitud de las alternativas disponibles, y, es más, cuando ello es posible, de ampliar las oportunidades y el mercado de las elecciones mediante intervenciones económicas, socio-políticas y culturales. Así pues, la mera no interferencia no es suficiente.

Obviamente, este trato respetuoso debe ser igual para todos. El respeto no acepta grados: si alguien fuera tratado de manera menos respetuosa que

otro, entonces no sería tratado de manera verdaderamente respetuosa. La igualdad en el trato respetuoso es, por consiguiente, una condición general de tener derechos [25].

Si aceptamos el deber de la no interferencia como el sentido principal de tener derechos, no se puede decir entonces que la ética de los derechos elimine la prioridad del deber, pues, desde este punto de vista, se la ve como un conjunto de deberes que tienen los otros (y, en primer lugar, los poderes públicos) frente a los titulares de derechos. El tener derechos se resuelve en el conjunto de deberes de otros. No obstante, hay que tener en cuenta que se trata de deberes de otros. Desde el punto de vista del titular de los derechos, esto es, del sujeto de la ética, no hay deberes. La suya es una ética en primera persona, a la que corresponde, cabe pensar, una ética en segunda persona, una ética del tú. Pero se trata, obviamente, sólo de un punto de vista, pues, desde la perspectiva de los otros, yo soy un tú.

El argumento de los derechos no tendría sentido si fuese necesario un incremento de deberes correlativos. En ese caso se llegaría a la situación paradójica de que el progresivo reconocimiento de nuevos derechos tendría como resultado un aumento opresivo de deberes, hasta llegar a niveles intolerables. Ésta es la principal objeción presentada frente a la tendencia actual de expandir la lista de derechos. En cualquier caso, queda el hecho de que este significado de «tener derechos» potencia necesariamente la necesidad de deberes.

A menudo se vincula «tener derechos» con «tener intereses». Cuando la prosecución o la realización de un interés resulta legítima, se dice que se tiene un derecho [26]. El derecho a la vida, por ejemplo, descansa en el hecho de que los seres vivos tienen interés en conservar su propia existencia, y en que esta exigencia viene a ser considerada digna de respeto. Esto supone que sólo los seres que tienen intereses son susceptibles de tener derechos. Pero con ello no se ha dado ningún gran paso adelante.

La noción de interés es ambigua y susceptible de distintas interpretaciones. En ocasiones se le identifica con la noción de «preferencia». El uso de este término sugiere que los intereses de los individuos son aquéllos que creen tener, y no los que debieran tener. La preferencia, pues, es un estado psicológico subjetivo que busca ser satisfecho de algún modo: bien mediante la consecución de otro estado mental (edonismo), bien mediante la verificación de un estado de cosas determinado.

---

[25] R. Dworkin, «What is Equality? Part 1: Equality and Welfare» en *Philosophy & Public Affairs*, 10, 1981, pp. 283-345.

[26] Juristas como Ihering, Salmond y Pound han entendido los derechos como intereses jurídicamente protegidos.

Es obvio que, aunque se asumiese como ideal ético-político el objetivo de satisfacer todas las preferencias actuales o posibles, dicho objetivo no sería practicable a profundidad sin resultados desastrosos. Mi preferencia por la mujer de mi vecino podría no ser compartida, ni por ella, ni por su marido.

Si bien las preferencias son radicalmente subjetivas, su integración en el plano social requiere alguna reglamentación. Las teorías de la justicia se ven a menudo como elaboraciones de criterios para seleccionar preferencias, distinguiendo las socialmente legítimas de las que no lo son. Así, las preferencias admitidas son transformadas en «derechos». El problema espinoso en este caso es el de la posibilidad de seleccionar socialmente las preferencias manteniendo una postura neutral o avalorativa.

La preferencias pueden ser erróneas, ya que puede ocurrir que no estemos suficientemente informados acerca de nuestros propios intereses o que, por ejemplo, tengamos creencias falsas. Las preferencias pueden influenciarse desde fuera –de ello las campañas publicitarias son el ejemplo más claro–, y también situaciones externas pueden llevarnos a redimensionarlas –pensemos en las llamadas preferencias adaptativas del tipo de las «uvas amargas»–. En consecuencia, atender a las preferencias normativas *per se*, sin examinar su consistencia y su origen, no serviría para promover ni el bienestar individual, ni el colectivo. Una teoría de la justicia se ve obligada, entonces, a abandonar la neutralidad frente a las preferencias y a elaborar criterios para distinguir entre las preferencias que, por éticamente aceptables e históricamente bien formadas, hay que tener en consideración y aquéllas no son ni auténticas ni autónomas [27]. No basta con tener una preferencia para tener un derecho.

En la vertiente opuesta a la de la preferencia, en el lado del perfeccionismo ético, se sostiene que los intereses son objetivos en la medida en que estén ligados a bienes y valores constitutivos del bienestar humano, independientemente de ser más o menos deseados. Esta línea de pensamiento no puede evitar hacer referencias, en alguna medida, a la «naturaleza» el ser de cuyo bienestar se trata [28]. Hay intereses que no se puede no tener. Se trata, obviamente, de intereses vitales relativos a la conservación del propio ser y que se proyectan, a través de la realización plena de su propia potencialidad, sobre su bienestar objetivo. Es significativo que el legislador italiano se haya inspirado en esta tendencia cuando modificó el art. 727 del Código Pe-

[27] Para ésta y otras dificultades de una teoría de la justicia basada en las preferencias, cfr. B. Cellano, «Giustizia e preferenze: un inventario di problemi», en *Ragion pratica*, 5, 1997, n.9, pp. 13-33.

[28] Hay que señalar, sin embargo, que un perfeccionista como Finnis se esfuerza, con dudoso éxito, en evitar recurrir a la «naturaleza humana». Cfr. J. Finnis, *Lege naturale e diritti naturali*, trad. it. de F. Di Blasi, Giappichelli, Turín, 1996.

nal, relativo al delito de maltrato de animales. Ahora este delito ya no se motiva en la tutela de los sentimientos humanos de piedad y compasión frente al sufrimiento de los animales, sino en el respeto de sus «características», de su «naturaleza», y de su modo de vivir natural o adquirido.

Una de las principales teorías de justificación de los derechos, la llamada *benefit or interest theory*, supone que un derecho es aquello útil de manera relevante para la realización de la propia vida. Es fácil entender por qué los defensores de los derechos de los animales privilegian esta concepción de los derechos. Sin embargo, en lo que concierne a nuestro discurso, dicha concepción conlleva una doble dificultad, pues no sólo requiere que se abandone la naturalidad, sino también la adhesión a una ética objetiva vinculada en sentido ontológico. Y aun admitiendo que dichas dificultades puedan ser superadas, queda todavía el hecho de que «tener derechos» no puede reducirse a tener una relación privilegiada con ciertos bienes o valores, sin que ello suponga una pérdida de su significado esencial, que reside en una determinada forma de relación con los propios intereses, con el dominio del propio ser, y con una cierta autonomía en la elección de lo que constituye el propio bienestar. Tener derecho a la vida, por ejemplo, no significa sólo que la vida es un valor vinculado con el bien de un sujeto, sino también que dicho sujeto tiene la libertad de decidir en lo que respecta a su relación con tal valor.

El tercer sentido de «tener derechos» es reconducible a la libertad de hacer algo. Esta libertad no es un concepto fáctico, sino normativo. Ser libre en relación con algo significa no tener un deber de hacerlo, ni poder ser obligado a no hacerlo. Estamos, pues, ante la libertad de elección (*choice theory*) [29].

Las vinculaciones entre los derechos humanos y la libertad residen en la historia de su origen a partir de la *Magna Charta* y en los derechos naturales de iusnaturalismo moderno. Los derechos humanos nacieron de la lucha por la libertad humana frente al poder político. No obstante, si se habla de «derechos de libertad», ello supone que no hay una identificación de significado entre «derecho» y «libertad». Por otra parte, los derechos sociales no se refieren propiamente al campo de la libertad. Entonces, habrá que preguntarse qué añade «tener un derecho» a «tener una libertad».

Podemos sostener que los derechos juegan el papel de protección de la libertad, bien repeliendo cualquier obstáculo o vínculo ilegítimo, bien sirviendo para hacer efectiva la libertad de elección. Un derecho de libertad es un espacio protegido dentro del cual el titular puede ejercitar su propia au-

[29] Para una presentación general de las *benefit theory* y *choice theory*, cfr. J. Waldron (ed.), *Theories of Rights*, Oxford University Press, 1984.

tonomía de elección. La adscripción o el reconocimiento de un derecho implica, por tanto, una valoración de la legitimidad jurídica de la libertad y la atribución a su ejercicio del poder de producir modificaciones en la esfera jurídica de otros. «Tener un derecho supone estar moralmente justificado para limitar la libertad de otra persona y para determinar cómo debe obrar» [30]. Independientemente de los criterios a los que apelemos para la adscripción de dicho poder normativo, queda el hecho de que entre derecho y libertad no hay identificación.

Los derechos son pretensiones a las que hay obligación de responder. Pero, aunque asumamos el significado de «tener derechos» consistente en poder hacer surgir deberes para otros sujetos, no habremos todavía alcanzado un concepto primitivo: no toda pretensión es señal de un derecho, sino sólo aquellas que puedan exhibir títulos válidos de justificación; y, ni la validez de la pretensión, ni la pretensión en sí misma, están en el centro de lo que significa tener derechos. Además, hay que tener en cuenta que no toda pretensión válida confiere un derecho en sentido propio: no basta con que nuestras exigencias estén de algún modo justificadas para que tengamos un derecho, sino que lo tienen que estar de una manera particular que excluya la posibilidad de que sean vencidas por razones superiores. Los derechos pueden ser pretensiones válidas protegidas, pero tampoco en este caso se podría considerar que los derechos sean conceptos primitivos, pues, para definirlos, hace falta recurrir a conceptos ulteriores sobre los que descansa la justificación de la pretensión.

Este breve *excursus* acerca de las formas de entender los derechos ha evidenciado que, en lo que respecta a su objeto, la ética de los derechos no es una ética normativa autosuficiente, pues, en su ejercicio, tiene que recurrir a los conceptos de deber, bien, bienestar, interés, preferencia, libertad, pretensión o validez. No obstante, no hay duda de que los derechos añaden algo que no está presente en las éticas normativas tradicionales. Tener derechos no puede verse como un mero reflejo de los deberes de otros; ni puede identificarse con tener preferencias o intereses vitales o con ser libre de hacer cualquier cosa; ni puede reducirse a pretender alguna cosa frente a otros sujetos. La ética de los derechos muestra una exigencia ausente, o no suficientemente evidenciada, en las teorías éticas tradicionales.

Los nuevos horizontes de la ética

Si quisiéramos aprehender la novedad de esta conquista ética, podríamos, quizá, explicarla diciendo que se trata de la adquisición de valor mo-

[30] H.L.A. Hart, «¿Esistono diritti naturali?», en Id., *Contributi all'analisi del diritto*, a cargo de V. Frosini, Giuffré, Milán, 1964, p. 94.

ral de las creencias y de los juicios morales, independientemente de su contenido. El respeto de la persona como fin moral no sólo incluye la tutela de sus relaciones con bienes exteriores y de sus vínculos intersubjetivos, sino también la custodia de aquello que cree ser, que cree deber ser o hacer, o quiere ser o hacer. El valor de todo ello es moral, sobre todo a los ojos de la propia persona. Es por ello que reclama derechos y que sostiene que, sin su reconocimiento, no podría ser ella misma y conservar el respeto de sí misma[31]. Sucede que no es raro que las reglas sociales entren en conflicto con estas aspiraciones interiores y personales, frustrándolas en distintos modos y quebrando dicho autorespeto de los individuos. Los derechos, por consiguiente, protegen este bien esencial: el *bien de ser uno mismo* y de dar forma a la propia existencia. Esto supone que tanto el valor de la autonomía, como el valor de la autenticidad, son necesarios para comprender la base de la ética de los derechos.

La problemática de los derechos no permite que el bien de ser uno mismo quede como un asunto privado, sino que, en cierto sentido, lo universaliza. Ciertamente, la ética de los derechos suele esconder la secreta aspiración de conceder derechos a todos y por todo, pero, por las razones anteriormente señaladas, que hacen necesaria una teoría de la justicia, este ideal es impracticable. Y entonces cuando surge un discurso público que no puede evitar entrar en los contenidos de aquello que los individuos desean ser o hacer. Tales contenidos son sustraídos de la privacidad y transformados en una cuestión pública. No hay que escandalizarse por ello, pues cualquier discurso verdaderamente moral debe saber afrontar la publicidad; debe poder ofrecer justificaciones razonables que sean comunicables a todos. Con las debidas diferencias, también para Aristóteles la política era el complemento de la ética.

La ética de los derechos cumple la función de trasladar los deseos privados y las convicciones personales a la esfera pública. Pero dicha ética queda en un lugar intermedio pues, como hemos visto, los derechos no son el fundamento –que reside en el bien de ser uno mismo– ni, tampoco, el fin último –que es el de realizar los propios planes de vida en el contexto social–.

En este sentido, al ser provisional, funcional, incierta e incompleta, la ética de los derechos puede verse como una expresión de la postmodernidad. Debe ser vista como una especie de mar común, para la que hay bar-

[31] Charles Taylor ha considerado esta idea como una forma de «expresivismo», pues se trata de entender la vida de yo como un movimiento de expresión de sí, de sus sentimientos y de sus propios impulsos interiores. Cfr. Ch. Taylor, *Radici dell´io. La costruzione dell'identità moderna*, trad. it. de R. Rini, Feltrinelli, Milán, 1993, p. 459.

cas y cartas de navegación, pero en la que las formas y los destinos del viaje dependen de las deliberaciones de los marineros individuales, de sus proyectos y sus finalidades. Ello no significa que todo lo que deliberan sea bueno o aceptable: el mar también puede servir para actos de piratería o para contaminar. La virtud consistirá en saber practicar los derechos de modo que se pueda justificar públicamente las propias decisiones.

En la época del pluralismo lo común ya no está constituido por deberes comúnmente aceptados, sino por el deber de traducir los propios proyectos de vida y los propios deseos en el lenguaje compartido de los derechos, respetando sus vínculos. En este sentido, también los derechos son reglas sociales a las que hay que someterse. Cada cual es libre de elegir la forma de vida que le plazca, pero no puede exigir que los demás le respeten, sin antes aceptar un discurso común que tiene como presupuesto la determinación de las formas fundamentales del bien. Una carta constitucional contiene, pues, la determinación de los valores fundamentales de una vida común que, sobre esa base, realiza la adscripción de derechos.

La levedad de una moral basada en los derechos no debe generar la creencia de que es fácil de practicar. Si bien es cierto que ésta va en busca de «soluciones apacibles» [32], implica, al mismo tiempo, no rehuir de la asunción de la responsabilidad. La búsqueda de la rigidez lógica por parte de las éticas del pasado escondía a menudo el deseo de liberarse del peso de la responsabilidad de la elección. En sentido contrario, la ética aristotélica de la deliberación es bien consciente de que ninguna elección podrá considerarse propiamente moral si no hay un cierto margen de incertidumbre entre las alternativas a sopesar. Las éticas del pasado se componían de deberes ya definidos y confeccionados en las normas morales, pero ahora dichos deberes deben formularse, y reformularse, una y otra vez, por quienes se someten a ellos. Es más fácil entender el enfrentamiento moral como una contraposición de éticas normativas establecidas, que como la búsqueda común del bien. Sin embargo, no creo que en la sociedad del pluralismo siga siendo posible recorrer la vía del pasado, sin resignarse a la incomunicación entre las distintas tribus morales. Temas como el respeto a la vida humana, o a la naturaleza, no pueden debatirse con mano de hierro, sino que, para tomarse en serio una moral basada en derechos, hace falta rechazar el arbitrio o el capricho y tener una gran confianza en la razonabilidad y en la verdad.

La ética de los derechos hace que aumente la posibilidad de elecciones trágicas, pues crece la cantidad de valores a respetar en cada acción [33]. Sin

[32] G. Zagrebelsky, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Einaudi, Turín, 1992, p. 168.

[33] Cfr. M. Atienza, «Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos», en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 1, 1997, pp. 245-266.

embargo, ello debe considerarse como un progreso de la conciencia ética, que se hace más consciente de las interdependencias y, en cierta medida, también de las consecuencias de las acciones. Es consubstancial a la vida moral el sacrificio de cosas con un cierto valor moral, pues los horizontes del bien son más amplios de lo que la existencia finita y contingente del hombre puede abrazar.

Hemos tratado de mostrar que la ética de los derechos no es autosuficiente, pero, al mismo tiempo, de reconocer que no sólo ha supuesto una transformación de nuestras instituciones consolidadas en el campo moral y de la percepción del hecho moral, sino un cambio radical del acento general de la teoría moral. Estamos frente a una moral de exigencias, no definitiva ni concluyente, en la que las pretensiones tienen valor ético aun antes de saber si están justificadas. Ahora bien, dichas pretensiones no pueden encerrarse en sí mismas y deben aceptar la criba del razonamiento práctico y de la decisión común.

El verdadero y propio problema ético de nuestro tiempo no es ya el reconocimiento de derechos –que es un hecho, al menos en principio–, sino la forma en que dichos derechos se llevarán a la práctica. Hay una diferencia entre pretender tener un derecho y realmente tenerlo. Entre estos dos polos se sitúa el debate moral y jurídico, que no podrá enfrentarse sino echando mano de los conceptos éticos tradicionales y de las estructuras argumentativas de la ética normativa consolidada, aunque traducidos a una percepción de la vida práctica profundamente transformada. Además, la manera auténtica de practicar la benevolencia no exige hacer propias las opiniones de los otros, sino hacer valer la posibilidad de que, en una sociedad justa, sean ellos mismos [34].

(Trad. de Pablo Larrañaga)

[34] R. Spaemann, *Felicità e benevolenza*, trad. de M. Amori, Vita e Pensiero, Milán, 1988., p. 172.

Gianluigi Palombella

«DERECHOS FUNDAMENTALES. ARGUMENTOS PARA UNA TEORÍA»

DOXA 22 (1999)

DERECHOS FUNDAMENTALES. ARGUMENTOS PARA UNA TEORÍA

Gianluigi Palombella
Universidad de Pisa

A medida que se asciende en globo, se arrojan al vacío cada vez más objetos concretos y cuando se alcanza la cima con alguna frase como Derechos de la Humanidad o La Democracia ha salvado el Mundo, se otea un amplio horizonte, pero se ve muy poco

W. Lippmann, *La opinión pública*

I. Para una teoría de los derechos fundamentales

La cuestión de los derechos fundamentales se presenta en su reconstrucción teórica como una encrucijada donde confluyen problemas de gran relevancia, cuestiones capitales como la definición de derecho subjetivo, el concepto de Constitución o el sentido de la democracia. Es inevitable, por tanto, que una teoría de los derechos *fundamentales* termine vinculándose a una concepción general y a una interpretación global del Estado y del Derecho.

La expresión «derechos fundamentales» se usa generalmente en el sentido de «derechos humanos», o se sustituye por ésta. Así, la Constitución italiana incluye entre sus «principios fundamentales» el reconocimiento y la garantía de los «derechos inviolables del hombre» [1].

[1] Se trata de una asimilación recurrente en la ingente literatura sobre la cuestión. En cualquier caso, conviene destacar el hecho (prueba de la incertidumbre que preside el uso de la expresión «derechos fundamentales») de que la *Declaración Universal de Derechos Humanos* de 1948 se refiere en su art. 8 a los derechos «fundamentales» reconocidos al individuo «por la Constitución o por la ley». En la misma línea se inscriben: el art. 16.3, que define la familia como elemento natural y «fundamental»; el art. 21.3, que contempla en la voluntad popular la base de la autoridad; el art. 26.2, a tenor del cual, la educación debe orientarse al «fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales», como por otro lado se afirma también en el Preámbulo («los derechos y libertades fundamentales del hombre»). Se suele subrayar que la expresión es «metajurídica», infrecuente en los documentos normativos jurídicos, y de escasa presencia en la doctrina y en la filosofía política (Cfr. D. Zolo, «Libertà, proprietà ed uguaglianza nella teoria dei «diritti fondamentali». A proposito di un saggio di Luigi Ferrajoli», en *Teoria politica*, XV, 1, 1999, pp. 3 ss.). Sin embargo, no parece ser del todo cierto que se trate de una expresión «metajurídica». No debemos olvidar que la Constitución italiana comienza con el título «principi fondamentali», incorporando explícita y recurrentemente los «derechos inviolables del hombre» (art. 2) y, a título de ejemplo, los arts. 13 ss. definen sin duda derechos «fundamentales» en la medida en que se refieren a derechos inviolables (las libertades). Como es sabido, se convierten también en fundamentales ciertos

Sin embargo, entre ambas expresiones existen profundas diferencias. Entre éstas es necesario subrayar al menos que la expresión «derechos humanos» es absoluta, se refiere al hombre, con independencia de cualquier contexto o especificación adicional, en tanto que «derechos fundamentales» es, por el contrario, plausiblemente abierta y *relativa*; en consecuencia, puede referirse al «hombre» y a otros elementos, ya sean ámbitos, casos, circunstancias, o bien sociedades, órdenes jurídicos o morales, y es, pues, *con respecto a estos derechos,* que puede (o debe) hablarse de fundamentalidad. Si se asume la inviolabilidad absoluta de los derechos humanos en cualquier Estado o en cualquier cultura, en cualquier ordenamiento jurídico o comunidad moral, puede pretenderse también la inviolabilidad de los derechos *fundamentales,* aunque sólo en el *ámbito* en el que éstos sean fundamentales.

A la vista de estas consideraciones, la expresión «derechos fundamentales» se muestra como una noción «jurídica» apropiada en todo caso para una teoría del Derecho, mientras que la expresión «derechos humanos» denota una acepción lata que entorpece su uso.

Cuando se trata, como sucede a menudo, de los derechos fundamentales del hombre, ambas expresiones tienden obviamente a coincidir. En este sentido, todos los derechos «humanos» enumerados, por ejemplo, en la Declaración de 1948, se convierten entonces en derechos fundamentales; el uso del término «fundamental» pierde así su peculiaridad, y no añade nada al significado normalmente atribuido a los inviolables derechos «humanos».

La determinación de los derechos humanos y los fundamentales debe obedecer a criterios de carácter ético y político; por lo que se refiere a los derechos humanos, normalmente se han mostrado en diversos ordenamientos occidentales como depositarios de juicios de valor que se han ido consolidando a lo largo de los dos últimos siglos. Es así como se han formado y se siguen formando catálogos, más o menos compartidos y más o menos difundidos, de derechos humanos.

Sin embargo, no cabe hablar coherentemente de derechos humanos «propios de un determinado ordenamiento jurídico», sino sólo de derechos del hombre, de acuerdo con una tensión ético-axiológica que supere toda limitación jurídica contingente. Los derechos del hombre son los que así define una *concepción del hombre* y no un *ordenamiento* jurídico.

---

derechos que son previstos en otras partes del texto constitucional (por ejemplo, el art. 32 Const. o sea el derecho a la salud, que es definido como «derecho fundamental del individuo e interés de la colectividad»). El derecho al trabajo, en cambio, es recogido en el art. 4 Const., entre los «principi fondamentali», y por tanto es fundamental además por su ubicación sistemática. Pero no es el momento de referir una extensa exposición dogmática.

Distinta es la situación en el caso de los derechos fundamentales, pues cabe hablar perfectamente de derechos (subjetivos) fundamentales *para el Derecho objetivo,* o sea para (o en) un ordenamiento jurídico (perteneciente a cualquier sociedad organizada).

Es cierto que en tales casos se tiende a establecer dos perspectivas: una, en la que «fundamental» hace referencia simplemente a los derechos humanos considerados universales, universalmente inviolables, y otra en la que la calificación «fundamental» se refiere a los derechos subjetivos «puestos» en concreto y «válidos» jurídicamente bajo un ordenamiento determinado. En un plano teórico, pero también en el práctico, es posible que lo que vale como «fundamental» bajo una perspectiva no lo valga para otra. Desde la perspectiva jurídica, cabría calificar como fundamentales «catálogos» diversos y distantes de los elaborados por la cultura de las organizaciones internacionales durante los últimos cincuenta años [2].

El Derecho es desde luego susceptible de crítica y evaluación en términos políticos y morales y también a partir de las propias opciones contenidas en él. La concepción que se propone en este trabajo emplea el término «fundamental» de manera *relacional* y lo reserva para los derechos que puedan serlo en el seno de un ámbito definido, y en particular en el seno de un ordenamiento jurídico, o sea *por obra del* (y en el) Derecho positivo.

En consecuencia, si algo es «fundamental» desde el punto de vista *jurídico,* tal cosa dependerá –y no puede ser de otra manera– de criterios jurídicos. Una teoría general debe tenerlo en cuenta y en esa medida debe reconocer sus propios límites con respecto a las filosofías o a las éticas de los derechos humanos. No se puede acudir, pues, a criterios éticos como criterios jurídicos, y en todo caso debe aclararse una cuestión esencial que se presenta *in limine:* por un lado, los derechos «humanos» aspiran a la universalización, a ser definidos y aplicados universalmente y a ser protegidos

[2] La determinación de los derechos fundamentales por su contenido obedece a criterios morales. Son de obligada referencia: Th. Marshall, *Cittadinanza e classe sociale*, trad. de P. Maranini, Turín, 1976; G. Peces-Barba, *Teoria dei diritti fondamentali*, trad. it. de L. Mancini y revisión de V. Ferrari, Milano 1993 [la obra original en español ha sido reelaborada y ampliada: G. Peces-Barba Martínez y colaboradores: R. De Asís Roig, C.R. Fernández Liesa y A. Llamas Gascón, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general,* Universidad Carlos III de Madrid, BOE, Madrid, 1995]. Es interesante observar que Peces-Barba, en contraste con el ordenamiento constitucional italiano, excluye el derecho al trabajo del ámbito de los derechos fundamentales; su teoría considera en este caso el derecho al trabajo como incompatible con el carácter universal de los derechos fundamentales (se trataría, antes bien, de un derecho inexigible en cuanto grava en exceso la libertad de los empleadores). Sobre la cuestión de la afirmación internacional de los derechos, D. Archibugi, D. Beetham, *Diritti umani e democrazia cosmopolitica*, trad. di P. Ferretti, Milán, 1998. Puede encontrarse una sucinta exposición de las principales propuestas teóricas en V. Ferrari, *Lineamenti di sociologia del diritto*, Bari, 1997, en especial, pp. 315 ss.

también por regulaciones internacionales; pero por otro, algunos derechos fundamentales son producto de decisiones (locales) que podrían no satisfacer criterios morales «universalistas».

La razón por la que estos derechos pueden calificarse como fundamentales no puede consistir, bajo un punto de vista jurídico, en su coextensividad con los derechos humanos, por mucho que deseemos esta coincidencia axiológica y material. Lo que puede determinar la «fundamentalidad» de un derecho subjetivo desde el punto de vista de un ordenamiento jurídico es su función, como sostendré en las páginas que siguen. Más allá de este extremo, abogar porque los derechos fundamentales se correspondan con la tutela de los derechos humanos es tarea de una teoría política, una filosofía del derecho, que exponga argumentos sobre su valor y su alcance prescriptivo, de modo que, una vez hechos explícitos, puedan ser incoporados a una teoría (general) *normativa* del derecho.

Tomaré como motivo central de este trabajo el problema de la definición de derecho subjetivo. La pluralidad y diversidad de las propuestas al respecto son prueba de lo controvertido de la naturaleza del concepto, pero también de su vitalidad en la cultura jurídica. En la primera parte, insistiré en la cuestión de las definiciones porque, incluso cuando en apariencia se refiere a abstracciones y formalismos, sigue determinando las concepciones de los derechos. Con frecuencia, la adopción de una definición de derecho subjetivo puede revelarse como un inútil encorsetamiento o bien, muy al contrario, como un instrumento indispensable para una elaboración ético-política determinada de los derechos subjetivos. Procederé, pues, deteniéndome en algunas cuestiones centrales:

En primer lugar, las definiciones de los derechos subjetivos y la singularización de los derechos fundamentales entre ellos. Como es sabido, dos son los rasgos centrales en la definición de derecho subjetivo que ha ofrecido el positivismo jurídico desde Bentham y Austin hasta Kelsen: su correspondencia con la obligación de otro y su capacidad para traducirse en una pretensión judicial.

Evidentemente, estos rasgos son independientes del contenido del derecho. Sin embargo, esta tradición se muestra inadecuada (y en cualquier caso resulta parcial e insuficiente) en relación con la exigencia de una definición teórica ajustada a las transformaciones de las sociedades contemporáneas. Una vez planteada la cuestión en torno a la manera de definir los derechos subjetivos y al modo como esto da lugar a tipologías diversas, surge el problema de la posibilidad de calificar como «fundamental» ciertas clases de derechos. Este problema (relativo, por ejemplo, a la inclusión entre los fundamentales de algunos tipos de derechos subjetivos, como los derechos patrimoniales o los derechos sociales) presupone que es claro lo que

significa que un derecho subjetivo sea «fundamental». Ciertos esquemas conceptuales de los derechos subjetivos se manifiestan inadecuados al menos para aquellos derechos subjetivos que devienen fundamentales. Por ejemplo, una de las convicciones más extendidas es que si un derecho subjetivo exige obligaciones de abstención, entonces debe ser protegido garantizando la abstención; si, en cambio, exige prestaciones (como sucede con los derechos sociales), entonces debe ser protegido garantizando la intervención pública. Esta distinción, aun admitida con validez general, no parece aplicable al caso de derechos subjetivos que sean además fundamentales. Cuando se trata singularmente de derechos fundamentales, más bien parece que el «bien» en ellos considerado, realzado, debe ser protegido en todo caso, y que el derecho mismo consiste precisamente en un bien a salvaguardar, por medio de cualquier recurso que se revele necesario. Así, el derecho subjetivo fundamental a la libertad de expresión no consiste propiamente en la obligación de abstención por parte de nadie, sino en el bien que adjudica y que «promete» a los individuos (incluso si luego ese bien se identifica de manera no unívoca) y que es la libertad de expresión (no importa aquí si como signo de la autonomía individual o del desarrollo de la participación democrática), esto es, un bien cuya garantía no puede ciertamente agotarse en la disposición –de una vez por todas– de una prestación determinada, de un deber de abstención, pues implica claramente otras cosas. En realidad, cuando se hallan en juego derechos fundamentales, su valor, concretamente tutelado, domina el ordenamiento y la actividad de los poderes constituidos.

Ésta es la razón por la que sostengo una concepción «funcional» de los derechos fundamentales (que no se compromete con su conformidad con un catálogo de derechos «humanos»). Una definición «estructural» para cada derecho fundamental, que lo identificara con una protección *a priori* (o con una obligación o con una pretensión judicial, etc.) significaría meramente que los medios se convertirían en fines y que los instrumentos de protección ocuparían formalmente el lugar de los bienes objeto de tutela.

Un segundo paso esencial de la tesis que intento desarrollar parte de la convicción de que los derechos *fundamentales* (no son simplemente derechos subjetivos, sino derechos subjetivos que) juegan un papel «funcional» específico en el ordenamiento de un Estado constitucional de Derecho. Se presentan como *normas jurídicas* en torno a las que gira el sistema jurídico. Su fuerza moral probablemente nazca de su condición de «derechos» subjetivos, apoyados desde múltiples perspectivas por muy diversas doctrinas morales. Pero no es aquí donde radica su carácter «fundamental» para un ordenamiento, pues esta calificación concierne esencialmente a la jerarquía entre normas. Los derechos fundamentales lo son porque, *y si*, forman

parte de las normas (funcionalmente) fundamentales (o de reconocimiento) de un ordenamiento. Los derechos subjetivos que adquieren este *status*, gozan de una fuerza jurídica que no puede adquirirse de ningún otro modo.

A partir de estas reflexiones y teniendo en cuenta tesis vertidas recientemente en el debate italiano en torno a los derechos fundamentales [3], discutiré aquí, en lo que constituye el tercer paso del trabajo, las opiniones relativas a la *existencia* de los derechos subjetivos, o a su *protección* y tutela efectivas. A mi juicio, la cuestión de la eficacia y la protección de los derechos fundamentales debería examinarse a la luz de la concepción señalada del carácter fundamental de los derechos. Ésta impide considerar meramente *abstractos* los derechos en caso de que carezcan de protección idónea o aceptar la tesis de que la ausencia de garantías jurídicas constituye (meramente) una laguna del ordenamiento en sentido técnico. Consecuentemente, aquí se propondrá la adhesión a la necesidad de separar conceptualmente, de no hacer depender mecánicamente, la normatividad de los derechos de sus garantías, subrayada por las últimas propuestas de Ferrajoli [4]. Sin embargo, estas páginas se detienen en diversos aspectos que parten de la consideración de que si los derechos fundamentales son, a diferencia de otros derechos subjetivos, normas fundamentales, entonces está en juego con ellos y por su causa el entero ordenamiento jurídico; si los derechos fundamentales no «funcionan» en un ordenamiento jurídico, la cuestión aparentemente *se agrava* desde el punto de vista jurídico más que si la cuestión se resuelve en la carencia de garantías jurídicas idóneas, no se agota en una laguna que el *principio de la plenitud* obligue a colmar. A mi juicio, debe considerarse la hipótesis de que la ausencia de garantías –a menudo advertida incluso en los derechos que gozan de una unánime consideración o se hallan en la cúspide de declaraciones «universales»– depende de la falta de adopción de las normas jurídicas que contemplen esos derechos como «reglas de reconocimiento», en lugar de depender de una laguna de los ordenamientos. Esta conclusión aparece ligada a la concreta concepción del carácter fundamental de los derechos aquí propuesta (concepción que entre otras cosas no concierne a su «mérito», no tiene naturaleza sustantiva) [5].

---

[3] A partir de la publicación del ensayo de Luigi Ferrajoli, «Diritti fondamentali», en *Teoria politica*, 1998/2. Véase a propósito de este trabajo, el número siguiente de la misma revista (1999/1), con las contribuciones de D. Zolo, M. Jori y L. Ferrajoli.

[4] Al objeto, obviamente, de dotar de obligatoriedad jurídica a la protección y desarrollo de los derechos.

[5] Ferrajoli *(op. cit.)* ha ofrecido una definición «extensional» de derechos «fundamentales», independiente de su «mérito», una definición formal, basada en la noción de universalizabilidad, sobre la que se basa también la teoría de Peces-Barba, *Teoria dei diritti fondamentali*, cit. Entre ambas propuestas existen numerosas afinidades, algunas de las cuales dependen de tesis homólogas (por ejemplo, en relación con la exclusión del derecho de propiedad del ám-

Finalmente, en la *última parte* de este trabajo me ocuparé principalmente de la relación de los derechos que calificamos como fundamentales con la democracia. Según una opinión general, los derechos fundamentales, sobre todo cuando se entiende coinciden con los derechos humanos, son el núcleo sobre el que debe asentarse una democracia efectiva. La realización de los derechos de libertad, de los derechos civiles, de los derechos políticos y de los mismos derechos económicos y sociales y, como se exige ya, de los llamados derechos culturales, constituye ciertamente una ventaja y un progreso para la democracia, puesto que sitúa a los componentes concretos del *demos, sus partes, las minorías y los grupos,* en condiciones de ejercer las prerrogativas que una democracia debe otorgar a sus miembros. Sin embargo, una teoría jurídica de los derechos fundamentales (que se sitúa de por sí en otro plano) no puede reconocerles a éstos carácter fundamental *en virtud de su* (eventual) *contribución* a la «*democracia»,* sino en virtud del lugar que ocupan en un Estado de Derecho. Los derechos son fundamentales por el papel que juegan –y en tanto lo jueguen efectivamente– como normas en un ordenamiento jurídico. Ciertamente, existe una íntima relación entre la tutela de los derechos (por lo menos de algunos de ellos) y la democracia efectiva; pero esto no significa por sí solo que sean derechos universales ni que sean derechos fundamentales. Algunos derechos que aparecen íntimamente ligados a la democracia, pueden no ser considerados fundamentales en un ordenamiento jurídico dado, o puede incluso que ni siquiera estén previstos por él. Esto depende del compromiso político con la democracia y de las opciones normativas de un ordenamiento dado. La clave para la comprensión de los derechos fundamentales no es, pues, la democracia, sino la estructura del Estado de Derecho.

Por otro lado, si los derechos se calificaran como fundamentales *por virtud de su relación con la democracia,* como se hace con frecuencia, de ello cabría inferir su naturaleza instrumental respecto a los fines de la comunidad democrática; es decir, el acento recaería sobre el orden democrático como marco interpretativo de los derechos y no a la inversa. Bajo esta concepción, la tutela en sí de los derechos individuales podría tener que ceder el paso ante la prioridad del «proceso democrático» o de un bien común que quizá reuniera *in unum* moral y justicia política. Desde luego, esta conclusión no es insostenible, sino que es el fruto de una opción [6], y por tanto de

bito de los derechos fundamentales). Por mi parte, usaré la expresión «fundamental» bajo una acepción adecuada al ordenamiento jurídico de un Estado de Derecho y que denominaré «funcional» (ligada al concepto de regla de reconocimiento, apenas invocado en este contexto).

[6] En relación con esta cuestión, véase la reciente contribución de R. Dworkin, «The Moral Reading and the Majoritarian Premise», en AA.VV. , *Deliberative Democracy and Human Rights*, New Haven y Londres, 1999, pp. 81-115; en una posición alternativa, puede verse, por ejemplo, A. Calsamiglia, «Constitutionalism and Democracy», ibi, pp.136-142.

una teoría ético-política según la cual los derechos son fundamentales cuando proporcionan las condiciones necesarias para la realización de la democracia [7].

La cuestión de los derechos fundamentales debería poder liberarse de estas ambigüedades. La previsión de derechos fundamentales por parte del Estado constitucional se revela sin lugar a dudas como una ventaja inestimable, un presupuesto necesario para la afirmación de una sociedad democrática; sin embargo, esto no debe inducirnos a una concepción reductivista o servil de la democracia, que la considere posible o «mejor» gracias a la prioridad concedida a los derechos individuales. Debe clarificarse y probablemente abandonarse la idea de que asegurar la inviolabilidad de los derechos fundamentales por parte *del soberano* permita, de por sí, pasar de una concepción meramente formal a una *sustancial* de la democracia.

II. El teatro de las definiciones

Las nociones de derecho subjetivo más difundidas pueden ser representadas en la teoría general del derecho europea como variantes del influyente magisterio y de la teoría de Kelsen, que operaba sobre un tejido ya particularmente sofisticado: el pandectista Windscheid se había basado en «el señorío de la voluntad» y Ihering, por el contrario, en la tesis de que el derecho subjetivo es un «interés protegido» [8] por medio de una acción judicial.

Kelsen incorpora a la definición de derecho subjetivo las llamadas «garantías» y afirma que el derecho de uno, «presupone la obligación del otro», plenamente de acuerdo con el inglés Austin, uno de los padres del positivismo jurídico, a cuyo juicio, «el derecho subjetivo y el término obligación correspondiente expresan la misma noción, pero considerada bajo aspectos diferentes» [9]. Sin embargo, Kelsen distingue su propia tesis de la de Austin, en otro aspecto no menos importante. A tal fin, se preocupa por dotar al concepto de derecho subjetivo de una cierta autonomía semántica con respecto a la mera obligación correlativa y sostiene que el derecho subjetivo existe gracias adicionalmente a una norma que concede a su titular un derecho de

[7] Ciertamente, en numerosos ordenamientos algunos derechos fundamentales guardan una íntima relación con la posibilidad misma de la democracia, pero la razón por la que cabe predicar «fundamentalidad» de ellos tiene que depender de la función que desempeñen en los ordenamientos jurídicos, sin que ello tenga que ver con la razón por la que se les reconoce esa función (por parte de los ciudadanos y los poderes públicos).

[8] B. Windscheid, *Diritto delle Pandette*, trad. de C. Fadda y P.E. Bensa, Turín, 1926 ; R. V. Jhering, *Lo spirito del diritto romano nei diversi gradi del suo sviluppo*, trad. de Luigi Bellavite, Milán, 1885.

[9] H. Kelsen, «La dottrina pura del diritto e la giurisprudenza analitica», en *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, trad. de R. Treves, Turín, 1967, p. 194 (cfr. J. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined,* ed. de W.E. Rumble, Cambridge 1995, p. 236).

acción, que de este modo haga efectiva «la obligación del otro». Si el derecho de A no se reduce simplemente a la obligación de B, esto dependería precisamente del derecho de acción del primero: «sólo aquí hay un derecho subjetivo que existe separadamente, en el sentido estricto de la palabra» [10].

En consecuencia, la obligación y la acción configuran así la estructura de un derecho subjetivo. Además, el normativismo kelseniano parte de la reducibilidad de los conceptos jurídicos a normas, al ordenamiento «objetivo», y acaba reduciendo el propio derecho subjetivo a normas que, ante todo, estatuyen obligaciones [11].

Por otra parte, como es sabido, la noción kelseniana favorecía la pérdida de terreno de cualquier forma de sustancialismo y pretendía superar los límites de la teoría del interés, cuya principal contribución se había debido a Rudolf von Jhering, vinculándola a la titularidad de la acción procesal.

En realidad, se han contrapuesto tradicionalmente en la doctrina europea alternativas de sobra conocidas por los juristas entre la idea de un derecho subjetivo como concepto absoluto, universal, *ante positas leges,* y su opuesto como concepto enteramente absorbido por el Derecho objetivo, dependiente de éste y reducido a la prioridad de la voluntad estatal. A partir del choque de ambas concepciones, sobre el que escribió Riccardo Orestano [12] en Italia, se han propuesto alternativamente concepciones de inspiración distinta de las subjetivistas en contra de un derecho construido en torno a la voluntad (y a la propiedad), y en todo caso en función del individuo; se trata de concepciones orientadas a crear un nexo de unión entre una inspiración subjetivista y el «orden de las cosas» (*à la* Savigny) y a compensar mediante la noción de orden objetivo la insistencia sobre la libertad o sobre el *poder volitivo* del sujeto del derecho. Las definiciones de derecho subjetivo pertenecen a una u otra de estas vertientes, o persisten en el intento de superar su unilateralidad, como sucede en cierta medida de forma paralela en la historia de la oposición entre iusnaturalismo y iuspositivismo.

---

[10] Kelsen, «La dottrina pura», cit., pp. 194-5.

[11] Kelsen, en su reducción del derecho subjetivo a Derecho objetivo, en realidad concibe la norma jurídica no sólo como obligación, sino también como una autorización, pero concluye que si «se considera el derecho subjetivo (en el sentido de autorización) como una estructura particular de la función creadora del Derecho» (o sea, como autonomía negocial y como autonomía deliberativa pública), «desaparece completamente toda antítesis entre Derecho objetivo y derecho subjetivo; y se muestra entonces con especial claridad el carácter primario de la obligación jurídica frente al carácter secundario de la autorización». De hecho, la primera «se presenta como la función propia y sin excepción de toda norma jurídica; en cambio la segunda, como autorización de derecho privado, aparece sólo como una institución de un ordenamiento jurídico capitalista, o bien, en cuanto autorización política, se presenta como institución de un ordenamiento jurídico democrático» (Kelsen, *Lineamenti*, cit., pp. 86-7).

[12] R. Orestano, «Diritti soggettivi e diritti senza soggetto», en *Jus*, XI, 1960, nº II.

Si algo podemos sacar en claro de los innumerables ensayos es que las definiciones cumplen una tarea preliminar para la reconstrucción del derecho, pero ninguna de ellas parece concluyente. Frente a la definición de George Jellinek, que representa un esfuerzo en favor de la mediación entre interés y voluntad [13], las reacciones del constitucionalista francés Leon Duguit [14] y más tarde de Kelsen inspiran la orientación objetivista contraria. En la doctrina de los teóricos del derecho más cercanos, del área anglosajona, sería igualmente arduo concretar una respuesta unívoca. Sin embargo, hallamos consideraciones ciertamente iluminadoras, entre ellas la que considera insostenible la tradición que une indisolublemente derecho y obligación (Bentham y Austin) y que no puede captar el *proprium* de *toda* la tipología del derecho subjetivo [15].

A pesar de la multiplicidad de teorías, los derechos subjetivos se establecen en la historia jurídica al menos desde la época moderna [16] y se convierten, especialmente cuando son concebidos como derechos fundamentales, en un elemento fundamental y esencial para la construcción de los ordenamientos, merced también a su recepción en los textos constitucionales.

III. Derechos, garantías, lagunas

La existencia de Constituciones y Cartas internacionales en cuyo núcleo se sitúan derechos que corresponden a los individuos, en cuanto hombres (o personas, ciudadanos, sujetos con capacidad de obrar), ha planteado a menudo el problema de su realización o de su eficacia material [17]. Pero también han surgido cuestiones, todavía más fundamentales, en torno a la corrección o la conveniencia de conservar la denominación de *derechos en sentido jurídico,* y no sólo en sentido moral o «natural», para los preceptos desprovistos de toda consecuencia y reducidos a declaraciones abstractas; es lo que sucede, de acuerdo con la opinión más extendida, cuando a la enuncia-

[13] «*El derecho subjetivo* es, pues, el poder volitivo que tiene el hombre, *reconocido y protegido por el ordenamiento jurídico en cuanto se oriente hacia un bien o un interés»* (*Sistema dei diritti pubblici subbiettivi*, trad. de G. Vitagliano, Milán, 1912, p. 49).

[14] L. Duguit, *Il diritto sociale, il diritto individuale e la trasformazione dello Stato,* trad. de L. Bagolini, Florencia, 1950.

[15] Muchos son quienes comparten la observación de Olivecrona a propósito de los derechos absolutos, como la propiedad: «El derecho de propiedad (...) no significa que millones de personas soporten la orden de abstenerse de toda interferencia sobre un objeto» (K.Olivecrona, *Law as Fact*, 2ª ed., Londres, 1971, p. 155).

[16] Son de obligada referencia las obras de Hobbes (particularmente *El Leviatán*), Locke (*Ensayo sobre el gobierno civil*) y Paine (*Los derechos del hombre*). Para un examen general cabe destacar entre una literatura inacabable: R. Tuck, *Natural Rights Theories: their Origin and Development,* Cambridge, 1979.

[17] Cfr. por todos, N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Turín, 1990.

ción de un derecho no se le acompañan normas que introduzcan una acción correlativa y que impongan un deber u obligación determinados, correspondientes a otros sujetos públicos o privados. Cuando nos hallamos ante un derecho subjetivo, confiamos en la presencia de garantías primarias, es decir, deberes correlativos, y garantías secundarias, o sea, instrumentos jurisdiccionales frente a la violación de los primeros [18]. Por tanto, a falta de tales «garantías» es plausible que nos hallemos simplemente ante «normas programáticas» [19]. Lo dicho puede predicarse de un tipo en concreto de derechos subjetivos, los llamados derechos sociales, a los que parece se debiera negar toda realidad, incluida la jurídica, cuando ni siquiera se han precisado las obligaciones públicas que serían su sustancia.

Creo que, bajo este punto de vista, no hay mucho más que añadir, salvo que sometamos a discusión algunas categorías ya moribundas, y de lo que se trata aquí es de comprender si las definiciones y, por tanto, las concepciones de los derechos subjetivos más usadas son bajo algún aspecto responsables de nuestro modo de concebir la propia *existencia* jurídica de los derechos subjetivos, o su garantía. Resulta decisivo conocer qué definición de derecho subjetivo anima, por ejemplo, el debate sobre la existencia de los derechos que revisten carácter universal gracias a la Carta de las Naciones Unidas y de muchas de las Constituciones contemporáneas; el carácter de derechos fundamentales, capaces de sobrevivir de algún modo incluso a las limitaciones o a las carencias de su tutela en el ámbito internacional y a menudo aun en el estatal. En definitiva, el significado que se otorgue al derecho subjetivo es determinante para poder hablar de su existencia o inexistencia.

Preguntarse si es posible invocar un derecho que se presenta meramente proclamado pero no «protegido» es preguntarse si un derecho «existe», incluso en caso de que el ordenamiento no haya previsto para él «garantías» idóneas o específicas. Esta relación entre «existencia» y «garantías» depende de cuál sea la definición de derecho subjetivo asumida, es decir, depende de si las garantías son entendidas o no como elemento constitutivo, necesario, de la estructura del derecho, y depende asimismo de lo que se entienda por «garantías».

A pesar de la extrema volatilidad del esquema, mucho más rico en realidad de lo que es posible reflejar aquí, parecen prevalecer definiciones «sincréticas» [20] que reconocen la necesaria conjunción de elementos antes

[18] Garantías primarias y garantías secundarias son expresiones sugeridas por L. Ferrajoli, en su trabajo «Diritti fondamentali», cit.

[19] R. Guastini, «Diritti», en *Analisi e diritto 1994*, Turín, 1994, p. 168

[20] Cfr. P. Monateri, «Diritto soggettivo», en *Digesto*, 4ª ed., p. 416

considerados alternativamente (poder, voluntad, interés, pretensión de la observancia de un deber ajeno). Sin embargo, en relación con el derecho subjetivo, no puede hablarse precisamente del ocaso de la idea de correlatividad derechos/deberes, y en la dogmática prevalece un esquematismo que contempla el derecho subjetivo como la pretensión «de exigir de otro la observancia de un deber que la norma impone al segundo en interés del primero» [21]. La teoría general recoge asimismo la definición de derecho subjetivo en términos de una *ventaja* «conferida a un sujeto (o a una clase de sujetos) en sus relaciones con otro sujeto (u otra clase de sujetos) a los que se impone un deber correspondiente» [22].

No parece que las «garantías» regresen a estas definiciones, pues aquéllas podrían ser entendidas como instrumentos indirectos de protección del derecho, «mecanismos idóneos para garantizar su observancia», una vez que los derechos son adoptados. Si el derecho de alguien radica en su poder para pretender un cierto comportamiento que corresponde al deber de otro, este deber no es una garantía del derecho, sino que es aquello en lo que consiste el derecho mismo. Podremos decir entonces que garantizar ese deber y garantizar aquel derecho son la misma cosa.

En rigor, por un lado, es plausible someter la cuestión de la existencia *jurídica* de un derecho subjetivo a la previsión de sus garantías, pero sólo si las garantías (jurídicas) son un elemento indicado como necesario, esto es, como un elemento constitutivo del derecho mismo; por el otro, si se las convierte en un elemento constitutivo del derecho, entonces esas «garantías» ya no pueden presentarse como tales, ni tampoco pueden conservar su sentido «funcional».

Como se ve, la discusión nada tiene que ver con una disputa meramente abstracta y formalista; un ordenamiento *constitucional basado en derechos «fundamentales»* persigue con ellos algo sustancial (*irreducible a sus garantías)*, y a lo que asigna un papel funcionalmente específico. A diferencia del Estado de Derecho de cuño decimonónico, el actual requiere definiciones de los derechos (aunque sólo sean formales, estructurales) que pongan de manifiesto su naturaleza como figuras subjetivas vinculadas a un *bien* y no definiciones de derecho que se concentren, más que en su contenido, simplemente en la dinámica de los deberes correlativos y de sus respectivas «sanciones». Pero esto es precisamente lo que sucede con las concepciones kelsenianas, que identifican la estructura del derecho subjetivo con su obligación correlativa o bien con su ejercitabilidad ante los Tribuna-

[21] F. Galgano, *Diritto privato*, Padua, 1983, p. 20.

[22] R. Guastini, «Le garanzie dei diritti costituzionali e la teoria dell'interpretazione», en *Analisi e diritto 1990*, Turín, 1990, p. 100.

les. En este caso, se entorpece hasta la propia formulación del problema de la protección jurídica de los derechos establecidos por el ordenamiento. Los derechos son entendidos como si consistieran en lo que rechazamos como sus garantías. Entonces, no hay derechos si no hay garantías y porque no las hay. Esta tesis constituye un desafío teórico, cuya evidencia se acrecienta sobre todo cuando los derechos subjetivos en cuestión son los «fundamentales».

La teoría kelseniana concibe el Derecho como un sistema que regula la fuerza, y la norma jurídica como una determinación de las condiciones para el ejercicio de un poder sancionador; es decir, la sanción ya no acude en auxilio de una prescripción, sino que es el contenido de la prescripción misma [23]. En consecuencia, Kelsen excluye programáticamente que la sancionabilidad o la coercibilidad sean las *garantías* que *asisten* a las normas, pues la sanción es precisamente el contenido de las normas. De ahí la dificultad para atribuir a Kelsen la tesis de que donde faltan *garantías (que han sido definidas como primarias o secundarias)* el derecho subjetivo deja de tener eficacia. Quizá fuera más sencillo sostener que, a falta de los elementos que lo constituyen (no habiendo sido previstos ni el deber ni la acción), el derecho no existe. Esto debería inducirnos a ser cautelosos con las definiciones.

Jurídicamente, el derecho existe con independencia de su «protección». Pero debemos asumir que tal «protección» es *algo distinto* de lo que se protege. ¿Cuál podría ser de lo contrario la garantía de un derecho cuya estructura consistiera en una *obligación correlativa y en la correspondiente acción* (Kelsen)? Evidentemente, toda garantía resulta bajo este planteamiento «desplazada» más allá (de las que hemos llamado garantías primarias y secundarias) para situarse en el marco institucional, organizativo, judicial, efectivo, o en la propia separación de poderes. Sin embargo, denominar a este conjunto «garantía» es tanto como decir que un cierto ordenamiento jurídico es en su conjunto una garantía de lo que disciplina.

Así las cosas, tendría que afirmarse en consecuencia que no *existen lagunas,* pues no se echan de menos garantías; no habría lagunas que pudieran nacer de una disposición esperada y no formulada todavía, por un defecto en la regulación definida por las normas vigentes.

Desde luego, no es casual, si bien por argumentos diversos, que no haya lugar para las lagunas en el planteamiento de Kelsen, es decir, que no sean sino «la diferencia entre el derecho positivo y un ordenamiento considerado mejor, más justo, más exacto» [24]. Es más, prosigue Kelsen, si se pre-

[23] Bobbio, «Teoria dell'ordinamento giuridico», en *La teoria generale del diritto*, Turín, 1993, p. 199.

[24] Kelsen, *Lineamenti* cit., p. 126.

senta una pretensión (un pretendido derecho) frente al comportamiento de otro, al que éste no está obligado (por el ordenamiento), esto significa que no existe el derecho y no existe la obligación. No hay, pues, lagunas (ni siquiera lagunas técnicas)[25], sino que, en ciertos casos, la ley ha querido lo que ha querido, contradicciones o supuestos sin sentido *inclusive.*

En conclusión, en el horizonte de la doctrina kelseniana, no es posible sostener ni que exista un *derecho,* pero carente de *garantías* (siempre que por tales entendamos las aquí denominadas primarias y secundarias), ni que exista un derecho y al mismo tiempo *lagunas*. En ambos casos, por motivos diferentes, simplemente se nos deberá convencer de que se da un derecho (subjetivo). No se pueden *separar* derecho y garantías (puesto que no sería posible, en definitiva, atribuir al primero un contenido que no consista en las segundas).

A la luz de estas consideraciones, pueden abordarse con claridad algunas cuestiones del debate sobre los «derechos». Luigi Ferrajoli toma parte en él defendiendo que los derechos son *separables de sus garantías,* las cuales nacen de disposiciones normativas ulteriores, cuya ausencia es posible, pero provocaría lagunas que es obligatorio colmar en virtud del principio de plenitud[26].

A pesar del intento encomiable de proporcionar un soporte a la existencia jurídica de un derecho subjetivo a falta de «garantías», esta tesis no se distancia lo bastante de las estrecheces definitorias kelsenianas. Ferrajoli también integra el concepto de obligación correspondiente en la definición de derecho subjetivo. Precisamente por esta razón, no se explica cómo es posible un derecho sin esa obligación (en el sentido que otros han subrayado, de que si el derecho es existente, la obligación debe considerarse al menos implícita)[27]. Pero, sobre todo y más allá de esta dificultad, hay que atender a otra más: si la obligación forma parte de la definición (de derecho subjetivo), entonces no puede constituir su garantía. Consecuentemente, no podemos separar derechos y garantías (primarias) y, en consecuencia, no puede existir, paradójicamente, un derecho privado de sus garantías primarias

[25] Ibi, p. 127.

[26] Según Ferrajoli, existen «*lagunas primarias,* por la falta de estipulación de las obligaciones y prohibiciones que constituyen las garantías primarias del derecho subjetivo, y *lagunas secundarias,* por la falta de institución de los órganos obligados a sancionar o invalidar sus violaciones, o sea, obligados a aplicar las garantías secundarias. Pero tampoco podemos en estos casos negar la existencia del derecho subjetivo determinado por una norma jurídica; sólo cabrá lamentar la laguna que hace de él una norma programática» (Ferrajoli, «Diritti fondamentali», cit. p. 23)

[27] Esta circunstancia fue en su momento subrayada, si bien con otros propósitos, por R Guastini, en *Teoria politica*, 1998\2, pp. 35 ss. En cualquier caso, ha habido una réplica de Ferrajoli: «Risposte», en *Teoria politica,* 1999/1.

(obligaciones correlativas sobre otros sujetos), salvo que consideremos que las garantías primarias, al coincidir con la obligación correlativa, simplemente no existen. Sea como fuere, de este modo las garantías son inescindibles del derecho subjetivo.

Esto no afecta a la acción, que puede considerarse una garantía, puesto que, en contra de la opinión de Kelsen, *no* se introduce en la definición del derecho. En este caso surge sin embargo el problema de que, si se trata sólo de una garantía, entonces su eventual ausencia no puede aparentemente constituir jurídicamente una «laguna» (en el sentido de que se produzca técnicamente una obligación de colmarla) [28].

Una vez asumida una perspectiva positivista, no existe razón alguna en el plano formal para considerar lagunoso el ordenamiento jurídico, si éste no contiene normas cuya existencia *no* sea implicada por la definición normativa de derecho subjetivo. Aquí vale en su caso la observación kelseniana de que esta sensación de vacío es sólo consecuencia de comparar el ordenamiento existente con el que simplemente se desea. Si el derecho subjetivo se define de manera que no implique lógicamente el derecho de acción, entonces las garantías, en especial las de carácter procesal, son lagunas solamente bajo el punto de vista político, moral o iusnaturalista, o bajo el punto de vista de la eficacia del derecho (en sentido sociológico). Estas lagunas en cuanto tales deben ser colmadas sólo en virtud de una obligatoriedad política, moral, pero no así sobre la base de alguna forma de obligatoriedad jurídica.

Sin embargo, la vía de la separación entre derechos y garantías resulta particularmente valiosa y goza de aceptación en el intento de dotar de sentido al derecho subjetivo incluso en ausencia de las llamadas por Ferrajoli «garantías secundarias»; esta vía perseguirá impedir que se infiera de la *inexistencia* de Tribunales internacionales, o de disposiciones efectivamente reguladoras de la fuerza, la consecuencia de que, por ejemplo, los derechos fundamentales o los derechos humanos *no existen,* ni siquiera a pesar de haber sido establecidos jurídicamente.

Creo, en suma, que la cuestión de las garantías sólo se plantea correctamente a) si derechos y garantías son separados efectivamente; b) si por garantía se entiende algo no contenido en la propia definición de derecho subjetivo; c) si se contemplan las garantías no como lagunas del Derecho positivo, sino como una medida para distinguir la existencia y la operatividad jurídica verificada de la previsión normativa de un derecho subjetivo [29].

---

[28] Con una motivación diversa, ha expresado reservas análogas A. Pintore, «Democrazia senza diritti», en *Sociologia del diritto,* 1999/4.

[29] Con este planteamiento, es posible salvar el intento a) de no subordinar la existencia del derecho subjetivo, y por tanto su valor normativo, a ninguna otra condición respecto a las consolidadas en su definición; b) de no tomar en vano dicha normatividad en virtud del mero he-

IV. La existencia de derechos y normas

Desde el punto de vista jurídico, que una garantía existe debe significar ante todo que el ordenamiento «funciona», y funciona de manera que el precepto que estatuye un derecho sea una *norma para alguien.* Esta primera cuestión, sobre la que volveré en breve, no debe confundirse con la cuestión de la *eficacia* del derecho, que es en cambio de naturaleza sociológica. Es verdad que la *eficacia* se asegura en buena medida *también* con el concurso de normas que estatuyen obligaciones o prohibiciones, así como a través de la justiciabilidad de los derechos, pero desde el punto de vista *sociológico y empírico,* no se trata de *condiciones suficientes.* Las razones de la eficacia de los derechos no son puramente jurídicas, sino que hunden sus raíces en la fuente de legitimación, en la efectividad del ordenamiento, en las condiciones extrajurídicas de funcionamiento del sistema social. Es posible que normas jurídicas positivas y vigentes, válidas, no sean eficaces incluso a pesar de la protección que en abstracto les dispense el ordenamiento. En consecuencia, es necesario matizar, a propósito de la realidad actual y de la realización de los derechos humanos y de los derechos subjetivos en general, que las críticas que se dirigen en relación con la ineficacia de las proclamaciones [30] de derechos no podrían satisfacerse (porque no obtienen una solución concluyente de ella) mediante una regulación normativa más cuidada de obligaciones formales correlativas o mediante el establecimiento de instrumentos jurísdiccionales al efecto. Si se hiciera depender la eficacia social de la «completitud» jurídica, entonces se debería negar existencia jurídica a toda disposición normativa, cuya aplicación y ejecución encontrara dificultades para plasmarse en los comportamientos públicos y privados. Esto sería un agravio, entre otras cosas, para la naturaleza «normativa» del Derecho y para la tensión prescriptiva que le reconocemos en nuestras democracias. No resulta pues admisible considerar derechos jurídicamente inexistentes a aquellos que no obtengan una plasmación práctica (como a menudo les sucede a los derechos humanos suscritos en el orden interna-

---

cho de la inexistencia de garantías, cualesquiera que sean; c) de no convertir en excesivamente ambigua y lábil la frontera entre discurso descriptivo y normativo sobre el derecho, y menos aún la frontera entre el carácter empírico de la operatividad de un derecho y de las «protecciones» necesarias para garantizar esa operatividad y el valor también contrafáctico y deontológico que el ordenamento atribuye a las disposiciones que confieren derechos.

[30] No me refiero aquí al carácter abstracto de la formulación lingüística de los derechos, sino más precisamente al hecho de que no adquieren concreción en la realidad social. Esta circunstancia puede ser ciertamente un producto de la abstracción y/o genericidad de su formulación, lo cual suele considerarse una de las causas concurrentes más importantes. Sobre la relevancia de la formulación en abstracto, cfr. M. Jori, «Ferrajoli sui diritti», en *Teoria politica*, 1/1999, p. 43, nota 4.

cional, aunque no sólo a ellos); en tales casos, por cierto, no parece realista atribuir su ineficacia a la falta de condiciones jurídicas, o lo que es lo mismo, a las lagunas normativas. El carácter normativo de las reglas jurídicas no puede de por sí evaluarse según su eficacia social, pues se correría el riesgo de no poder distinguir las normas que castigan la extorsión, que son garantías jurídicas, jurídicamente existentes, de su ineficacia ante un tejido social dominado por los códigos mucho más implacables de las organizaciones criminales. ¿Cabría acaso inferir de la ineficacia material de las garantías previstas por la ley, la inexistencia del derecho al libre comercio, a la iniciativa privada, a la propiedad o a la libertad de opinión?

Volviendo a la cuestión de la existencia *jurídica* de un derecho subjetivo, ésta tendría que desprenderse del hecho de que tal derecho valga, o pueda valer, como *norma (del ordenamiento)* para alguien. La medida de la protección jurídica puede ser variable; y puede que todavía más la medida necesaria para su protección *socialmente efectiva* en razón de las circunstancias materiales. Entre los presupuestos de la existencia de un derecho se halla la circunstancia de que la norma que lo contemple sea capaz de prestar una función dentro del ordenamiento. En consecuencia, ante todo no puede carecer de sentido y debe ser posible «obedecerla» [31].

Una razón para refutar este punto es que, partiendo de él, se transita por una vía alternativa a la que pasa por la noción de «laguna», pues en virtud de esta última, dado un derecho definido por una norma jurídica, la obligación de colmar lagunas (debidas a la ausencia de garantías corrrespondientes) surgiría exclusivamente, a juicio de Ferrajoli, del principio de plenitud [32]. Se trata de un *sequitur* lógico formal, que operaría como una prescripción dirigida al legislador en el sentido de que materialmente en un sistema nomodinámico, como el jurídico, las normas no se *deducen* de otras normas, sino que son *puestas* por órganos competentes, o sea, exigen el *hecho empírico* de su producción [33]. El principio de la plenitud pretende que las normas del derecho sean colmadas, y que en consecuencia se dicten nuevas normas; pero he tratado de mostrar que es difícil asimilar la ausencia de una garantía primaria o secundaria a una «laguna». El principio normativo de la plenitud no implica necesariamente una obligación jurídica de crear garantías primarias y secundarias. Incluso admitido esto, la eficacia normativa del

[31] Según Kelsen, esta hipótesis, es decir, que la norma carezca de sentido, «no debe excluirse, pues las leyes son una obra humana» (*Lineamenti*, cit., p. 128); pero en este caso, Kelsen está de acuerdo en que no haya nada que aplicar, y por tanto en que la norma no existe, puesto que tampoco la interpretación puede «recabar de la norma nada que no se contuviera en ella previamente» (ibid.).

[32] Ferrajoli, «Diritti fondamentali», cit., p. 23.

[33] Ibi, p.22.

derecho subjetivo o la *importancia de haber preservado su existencia jurídica frente la inexistencia de las garantías correspondientes, parece resolverse solamente en la invocación de la fuerza* normativa *del principio de la plenitud,* que, sin embargo, no goza de carácter *self-executing.* La reducción de la normatividad del derecho subjetivo fundamental en sí a la normatividad del principio de la plenitud no representa necesariamente una ventaja.

Por consiguiente, creo que esta construcción tiene que ser parcialmente corregida e integrada. Bajo la perspectiva aquí sugerida, los derechos fundamentales, incluso allí donde no se encuentran respaldados por garantías específicas, conservan a un tiempo valor funcional y jurídico. La ineficacia de algunos derechos, aun a pesar de su ubicación entre disposiciones supraordenadas (constitucionales), no obedece tanto (o no sólo) a las lagunas primarias o secundarias, sino a su deficiente *aceptación* como *normas* del ordenamiento [34].

En realidad, cabe afirmar que esos derechos gozarían de cierta eficacia *jurídica inmediata, pues en atención a su jerarquía,* pueden perfectamente valer como *reglas de reconocimiento;* se trata de criterios de decisión sobre la validez de otras normas y en esa calidad pueden funcionar [35]. Como es sa-

[34] Esta falta de aceptación no es sólo una causa más entre tantas, sino la razón precisa en que confluyen todas las demás; por ejemplo, los defectos semánticos, la abstracción de la formulación lingüística, son una posible y evidente concausa del hecho de que un derecho proclamado sin embargo no sea aceptado efectivamente como una *norma*. Es más, la utilización de un derecho fundamental como «regla de reconocimiento» puede ser ejemplificada (de modos diversos y, entre ellos, también) a través del proceso que condujo al pronunciamiento de la Corte constitucional italiana (14 de julio de 1986, nº 184) a propósito del daño «biológico». La admisibilidad de la indemnización por el daño a la persona, denominado en esta sentencia daño biológico [*danno biologico*], deriva de la fundamentación de la indemnización prevista para el daño injusto del art. 2043 del Código civil italiano en el derecho constitucional a la salud del art. 32 de la Constitución italiana. El daño a la persona debe resarcirse en cuanto lesivo de una situación subjetiva constitucionalmente garantizada (en síntesis, «el art. 2043, que es una norma en blanco, se integra por el art. 32, que completa su carácter de precepto primario»). La apertura «interpretativa» promovida por la Corte se funda en el recurso al derecho a la salud como norma de la que derivan consecuencias ineludibles, reinterpretativas de la extensión de los instrumentos operativos, no utilizados aún al objeto de proteger y garantizar ese derecho (en relación al llamado daño biológico, entendido como minusvalía psicofísica, en sentido bien distinto del daño no patrimonial, y del daño patrimonial en sentido estricto). La sentencia provocó reacciones especialmente entre los civilistas, pero pone de manifiesto que, si bien en su formulación el derecho a la salud no dispone medios específicos de tutela, si se contempla como fundamental, termina por hallar el camino para construirlos, ya sea induciendo la producción de nuevas normas o a través de la interpretación de las ya existentes. Véase la sentencia y la «Nota» de G. Ponzanelli, en *Foro it*., 1986, I, 2053. Subraya la gran apertura de espacios interpretativos, a través del recurso a la definición constitucional de los derechos «fundamentales», precisamente en el caso de la sentencia señalada, P. Monateri, *La Costituzione ed il diritto privato: il caso dell'art. 32 Cost. e del danno biologico («Staatsrecht vergeht, Privatrecht besteht»),* en *Foro it*., 1986, I, 2976.

[35] Sobre la regla de reconocimiento, cfr. H.L.A. Hart, *Il concetto di diritto*, ed. de M. A. Cattaneo, Turín 1961, especialmente pp. 118 ss., pp. 130 ss., pp. 137 ss. En cuanto al uso de metanormas sustaciales y su relevancia, cfr. L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, 1989, p. 353.

bido, este aspecto estático de los ordenamientos constitucionales contemporáneos se halla integrado en el dinámico [36], y la capacidad de algunas normas para presentarse como metanormas sustantivas, coincide con la fuerza con la que cuentan para invalidar deducciones (normas inferiores) incompatibles con ellas.

Sin embargo, el problema radica en que, en su condición de reglas de reconocimiento, han de ser *efectivas,* es decir, aceptadas al menos por los jueces; han de ser *usadas* como tales, sin que se disponga de un instrumento coactivo para ello.

Las reglas de reconocimiento por un lado sirven para identificar las normas (jurídicamente válidas) y por otro, como ponen de relieve Atienza y Ruiz Manero, funcionan como «guía de conducta y un criterio de valoración para los particulares y para los órganos de producción y de aplicación del Derecho» [37]. Si aceptamos la conjunción de estos elementos, estas normas se erigen en todo caso en criterio de justificación o de «crítica de las conductas».

Es desde luego posible que un derecho estimado como fundamental represente un criterio de reconocimiento y de valoración, y además de comportamiento, y que se convierta también en una norma sustantiva, a la que no corresponda la determinación de obligaciones correlativas y de garantías jurisdiccionales adecuadas, pero parece difícil *negar* tanto que la norma tenga un contenido no identificable con los medios de tutela del derecho, como que posea una fuerza prescriptiva propia.

Una norma funciona como regla de reconocimiento, siempre y cuando mantenga un significado selectivo de los comportamientos, bien de los órganos de producción legislativa, bien de los tribunales (con una repercusión distinta y más o menos inmediata según los sistemas de articulación entre legislación y jurisdicción). Si un derecho fundamental opera como un límite sustantivo, como un límite al contenido de la legislación por ejemplo, entonces esa disposición es operativa de inmediato incluso en ausencia de «garantías» en sentido específico. El mecanismo que actúa en este caso consiste en la directiva sustantiva en torno a los actos normativos posteriores, o bien en el establecimiento de una razón para la invalidez de las disposiciones que *no* prevean una «adecuada» tutela de ese bien; finalmente, y de

---

[36] Una norma pertenece a un sistema estático (como la moral) por virtud de la conformidad o deducibilidad de su *contenido* respecto a una norma fundamental, bajo la cual debe subsumirse como lo particular se subsume en lo universal. Por el contrario, en un sistema dinámico, con independencia de la conformidad de su contenido, la norma pertenece al sistema, si el órgano que la ha producido gozaba de la delegación de competencia correspondiente (Cfr. Kelsen, *Lineamenti* cit, p. 95; N. Bobbio, «Teoria dell'ordinamento giuridico», cit., pp. 201 ss.).

[37] M. Atienza y J. R. Manero, *A Theory of Legal Sentence*s [trad. de *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos,* Ariel, Barcelona, 1996], Dordrecht 1998, p. 152.

acuerdo con el modo de funcionar del control de constitucionalidad, también el orden jurisdiccional debe considerarse vinculado al respeto y a la tutela del derecho recogido constitucionalmente. Es, pues, evidente que un ordenamiento constitucional, basado axiológicamente sobre derechos que establece como inviolables, no sólo los hace operativos a través de formas de protección «específicas», sino *por encima de todo* asumiéndolas como metanormas sustanciales que gobiernan la actividad de los poderes constituidos.

En cierto sentido, los derechos *fundamentales* deberían ser contemplados en razón de su supraordenación, como normas jurídicas, en lugar de simples pretensiones subjetivas, lo cual a veces se olvida; normas jurídicas que prevén como efectivamente obligatoria la tutela de un bien, que encierra valor para la comunidad y que sitúan en una posición de ventaja a los sujetos a quienes ese bien se debe referir (la libertad personal, el derecho de reunión, etc.). Cuando una regla de reconocimiento goza de carácter sustantivo, como es el caso de los derechos fundamentales, cumple la tarea esencial y prioritaria de determinar la invalidez de los actos legislativos, así como de los dimanantes del ejecutivo e incluso del judicial; a título de (contingente) ejemplo, en el ordenamiento italiano cabría plantear esta cuestión a raíz de las decisiones jurisdiccionales que todavía operaran bajo la restrictiva convicción de la estricta sujeción «sólo a la ley». Concebir los derechos subjetivos fundamentales como reglas de reconocimiento significa que cabe considerar inválidos no sólo los actos del legislador, sino también las sentencias de los jueces que no unan al reconocimiento del valor (fundamental, constitucional) del bien tutelado la exigencia de protección específica de la situación subjetiva de ventaja ligada a ese bien [38]. No existe, en fin, necesidad alguna de ignorar que los derechos conciernen ante todo a bienes *para* los individuos; pero debe rechazarse, tratándose de derechos subjetivos, que sean «siempre derechos de alguien», y también que nunca planteemos «cuestiones de derechos» en ausencia de un «individuo o grupo de individuos cuyos derechos sometemos a discusión» [39].

---

[38] Bien es verdad que un ordenamiento no debe *necesariamente* asignar este papel decisivo a normas sobre *el contenido* (de otras normas); un ordenamiento podría inclinarse de hecho exclusivamente por la estabilidad y la certeza de las decisiones, tendiendo así a proteger la validez de normas, con tal de que fueran producidas de conformidad con normas «procedimentales», *sobre la competencia.* Pero esto apenas representa un problema para una discusión teórica general, pues la cuestión es que, *si* se dan derechos fundamentales, estos actúan en cuanto tales como normas fundamentales de tipo «sustantivo» y no procedimental. Por otra parte, como reiteraré en el texto, también las metanormas de producción (normas »procedimentales») pueden ser normas fundamentales, pero me parece claro que no por ello son «derechos fundamentales».

[39] J. Waldron, «Can Communal Goods be Human Rights?», en Id., *Liberal Rights*, Cambridge 1997, p. 345.

A la luz de todas estas consideraciones, parece oportuno distinguir dos perspectivas que de ordinario permanecen erróneamente superpuestas: de un lado, la vertiente de la escasa *protección* de un bien (las garantías), y de otro, el valor normativo autónomo del derecho fundamental (que se presenta como criterio de validez de las normas y de la actividad de los poderes constituidos). *La existencia jurídica del derecho a la libertad personal se consuma en el momento en que sea definida y en su caso calificada (en algún sentido como, por así decir, inviolable); la existencia de las garantías jurídicas de la libertad personal depende en cambio de una cadena de precisiones desarrolladas a partir del uso de la disposición que contempla el derecho subjetivo como regla de reconocimiento.* De ahí que, por cierto, si los derechos fundamentales no son tomados en serio como reglas de reconocimiento, resulte imposible que luego obtengan protección (esencialmente, estatuyendo medidas que posibiliten la coercibilidad jurídica del derecho).

En conclusión, entre un derecho y sus garantías no existe una relación de implicación, lo que permite su separabilidad, pero la razón por la cual en un ordenamiento constitucional los derechos pueden existir más allá de sus garantías, *hasta llegar a determinar un proceso que conduzca a su producción,* se halla en el hecho de que todos los comportamientos deberían considerarse *inválidos,* en caso de no ser conformes con las normas que disponen la tutela del bien (siempre que se trate de una norma de reconocimento y que se impongan algunos «contenidos» sustanciales como fundamentales) [40].

Es evidente que la obligatoriedad no nace en este caso del principio dinámico de la plenitud, sino del principio estático de la incompatibilidad entre contenidos normativos [41].

---

[40] Y no se encuentra, por tanto, en el hecho de que la ausencia de garantías constituya una laguna. Por otro lado, no paso por alto que el legislador no puede ser compelido a un *facere.* En otros téminos, comprendo la importancia de la objeción de que no haya remedio –aparente– en caso de que legislador no legisle. Entre las diversas réplicas posibles, creo que no se debe ignorar al menos la que subraya el papel de los tribunales, en el sentido de que la no aplicación de normas donde es permitida, la suspensión de los juicios por una cuestión de inconstitucionalidad, la aplicación de normas-principio que se traduce en la tutela inderogable de un derecho en condiciones de vacío legislativo, son ya frecuentes en los países de *civil law*, mientras que en un país de *common law* como los EE.UU. ha representado un rasgo destacado.

[41] Ciertamente, cabe objetar que una norma en vigor no es inválida en tanto que un pronunciamiento no despeje las dudas acerca de su invalidez (en el sentido que refiere Ferrajoli en *Diritto e ragione*, cit., p. 353, y al que me adhiero). Se trata de un juicio que puede darse *a posteriori* y no *a priori* (en cierto sentido, como en el caso de la culpa del imputado, que no puede sostenerse en tanto no exista sentencia definitiva, debiéndose mantener mientras la presunción de inocencia). Sin embargo, la fuerza normativa de los derechos subjetivos y de las normas que confieren (o reconocen) valor a un bien, se halla precisamente en su capacidad para hacer posible o más bien para hacer constantemente operativa (y por tanto potencialmente

Por tanto, la razón por la que los derechos fundamentales ejercen una eficacia que conduce a su segura realización, sólo depende de su funcionamiento precisamente como reglas de reconocimiento (debida a su reconocida superioridad axiológica, de ordinario confirmada por su supraordenación normativa). Conviene subrayar que esto tiene lugar exclusivamente cuando esas disposiciones sean *usadas* como reglas de reconocimiento [42], incluso frente a la inercia de los poderes públicos y de sus actividades desviadas. Cuando sean usadas efectivamente, pondrán en evidencia en su caso el contraste «ordinario» que existe entre los poderes constituidos o parte de ellos y normas sustanciales de la Constitución o de nivel equiparable. A partir del momento en que sobre todo los tribunales confirmen y perciban este contraste, dichos derechos serán ya *criterios* activos.

El problema es otro cuando la falta de realización se vuelve crónica (piénsese en el caso de las faltas de realización respecto de la Constitución italiana); para los derechos fundamentales, se trata de un defecto mucho más radical de lo que podría expresarse sosteniendo que se dan lagunas en el ordenamiento; significa que tales normas no se hallan entre las que delimitan el contenido del sistema, y por tanto no viven como normas en la conciencia jurídica general (*in primis,* en la de los llamados funcionarios, en el sentido lato, anglosajón, de «officials»). En tal caso, nos hallaremos ante un

---

siempre renovable) la evaluación sobre los comportamientos legislativos o jurisdiccionales que deben ser conformes al criterio axiológico preconstituido. Por tanto, si es cierto que, como límite de contenido, sustancial, a las normas del ordenamiento, los derechos subjetivos no pueden funcionar como lo hacen las normas morales principales de un sistema estático, moral, esto no impide que el hecho empírico de la emanación de la norma, de la decisión constitucional, de la decisión jurisdiccional, de la decisión legislativa, sean *actos* debidos; evidentemente porque todos los demás, incluyendo las omisiones, son, o son asimilables a, comportamientos ilegítimos. En cuanto a la inconstitucionalidad de las omisiones, asimilables a comportamientos normativos en conflicto con la tutela de bienes asociados a derechos fundamentales, puede ser de utilidad recuperar las observaciones kelsenianas a propósito de la hipótesis (ejemplificadora) de que la disciplina de la compraventa no establece nada acerca de quién deba soportar el riesgo de que la cosa vendida perezca antes de la entrega sin culpa de las partes: de acuerdo con Kelsen, la falta de una regulación aquí no es una laguna, sino sólo, por el contrario, el haber establecido de hecho que el vendedor soporte el riesgo, a través de la decisión de no prever «que el vendedor sea liberado de la obligación de proporcionar la cosa o de reintegrar el precio»(Kelsen, *Lineamenti* cit , p.127.). Habría que demostrar entonces que nos hallamos ante una laguna, más que ante una decisión regulativa (por medio de la omisión): *si fuese una decisión regulativa, entendida como una mera laguna, se terminaría por suscribir una decisión política ya tomada (la omisión como regulación) apelando a una presunta obligación de completitud, justificada sobre bases puramente formales.* Utilizar el camino formal de las lagunas puede servir para evitar un juicio valorativo. Mucho más si tenemos en cuenta que colmar una laguna puede introducir a su vez un amplio espectro de posibles preferencias y opciones políticas (todas compatibles como complemento del sistema; por ejemplo, en el caso indicado por Kelsen, se puede intervenir decidiendo que el riesgo sea atribuido al vendedor o bien que grave igualmente a ambas partes, etc.).

problema que permanece en la esfera extrajurídica. Así, si los derechos recogidos por la Carta de las Naciones Unidas no son usados como reglas de reconocimiento de un ordenamiento estatal concreto, no forman parte de él y el establecimiento de órganos coercitivos internacionales no significa colmar lagunas del Derecho; significa tratar de producir el consenso o bien sustituir el consenso, o la hartiana aceptación, con la voluntad del más fuerte. *Si existe un orden* internacional que *usa* los derechos fundamentales, *ello* contaría entonces con toda razón para imponerse a los Estados que lo incumplieran, en caso de que dispusiera de la fuerza y del consenso necesarios.

V. Libertad y prestaciones

Se suele decir que entre los derechos fundamentales, aquellos cuyo contenido consiste en una obligación de hacer por parte del Estado son *derechos sociales;* mientras que son *derechos de libertad* aquellos cuyo contenido es la obligación del Estado de abstenerse de toda interferencia [43]. Aceptando provisionalmente esta división clásica, si todos los derechos de libertad, es decir, el derecho a la vida, a la expresión, al pensamiento, a la inviolabilidad del domicilio, a la iniciativa privada, y cualquier otro, fueran definibles como la obligación de abstención por parte del Estado, su garantía sería algo sencillo. Bajo esta acepción de los derechos de libertad, contribuyen a su protección la propia separación de poderes y las específicas determinaciones organizativas que las Constituciones disponen para los poderes ejecutivo y judicial. Cuando se trata de los derechos públicos de libertad, los derechos fundamentales encuentran en el Estado el destinatario de la obligación «correspondiente» (resuelta en un *non facere).*

Naturalmente, los derechos *sociales* al trabajo, a la salud o a la educación, no gozan de las mismas condiciones, pues ordenan al Estado una acción, aunque normalmente sin precisar su contenido [44]. Quien adjudica a los

---

[42] Creo que en este punto pueden superarse las posibles objeciones realistas acerca de la (in)existencia de los derechos y aclarar además que el sentido de la argumentación no es que a la «*law in books*» se le deba atribuir alguna forma de realidad injustificada y metafísica.

[43] Se trata de una tesis tradicional y en buena medida apoyada hasta nuestros días; como lo demuestra su confirmación y aceptación entre los teóricos del derecho italianos que se han pronunciado actualmente sobre el asunto (cfr. p. ej., R. Guastini, «Diritti», cit., p. 170; y el propio trabajo de Ferrajoli, «Diritti fondamentali», cit.).

[44] L. Ferrajoli, *op. cit*., ubica los derechos sociales entre los derechos fundamentales, como los derechos de libertad, y asigna a sendas categorías características comunes a todos los derechos fundamentales, entre las que destacan la universalidad (el deber corresponder a todos) y la indisponibilidad, unas propiedades que, por el contrario, no se extienden al derecho de propiedad (que de hecho no se incluye entre los fundamentales). Sin embargo, el mismo Ferrajoli confirma que los derechos sociales consisten en una *prestación del Estado,* si bien de

derechos sociales una suerte de insuprimible resabio (puramente) «programático», los traslada a un limbo prejurídico, a la espera de que sean definidos detalladamente por la ley (con la correspondiente cobertura administrativa y económica)[45]. En el caso de los derechos sociales[46], mucho más que cuando se trata de derechos de libertad, la lucha *contra* el carácter «programático» de los derechos constitucionales expresa verdaderamente una suerte de lucha *por* el Derecho o por los derechos. A mi juicio, sin embargo, el carácter programático de los derechos fundamentales no se predica exclusivamente de los derechos sociales.

Ciertamente, no cabe ver en los derechos de libertad frente al Estado derechos «contra» el Estado, como se reitera tradicional y casi universalmente. La razón es que no siempre comportan exclusiva o esencialmente obligaciones generales de abstención, y que desde el punto de vista teleológico no siempre es el Estado el verdadero o el único antagonista[47]. Muy al contrario, la razón para *estatuir* poderes públicos no es imponerles el respeto de nuestros derechos de libertad, sino proteger y sostener estos derechos cuando sea necesario, lo cual implica una serie de actividades positivas[48]. La garantía de los derechos políticos, por ejemplo, aparece vinculada a prestaciones estatales, pero se prefiere a cambio recurrir a una estilización, que a menudo resulta deformante, pues la obligación de abstención en realidad no es siempre una norma explícita y además no se presenta como una garantía que agote el contenido del derecho. Se puede sostener, ciertamente, que a la libertad de culto corresponde «lógicamente» una abstención por parte del Estado de prohibir o impedir materialmente una serie de actividades. Pero esta tesis *debe* ser justificada (porque figura en la estructura «formal» de los derechos), y puede serlo sólo si se comparte la convicción de que el bien, la posición de ventaja concedida, es plenamente tutelada por la no interven-

---

ello no extrae la consecuencia de que, a falta de garantías, esos derechos sean ficticios, sino que, por el contrario y como en el caso de los derechos de libertad, entiende que implican una obligación normativa de colmar las lagunas, primarias y secundarias. La tesis de Ferrajoli representa, pues, una respuesta a la de quien no reconozca en los derechos sociales previstos constitucionalmente una naturaleza normativa, diversa de la «programática».

[45] M.S. Giannini defendió reiteradamente los derechos sociales frente a la objeción realista de que no sólo dependen del legislador, sino también, y todavía en mayor medida, de la disponibilidad de recursos; cfr. M.S. Giannini, «Stato sociale: una nozione inutile», en *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale. Scritti in onore di C. Mortati*, Milán, 1977, I, pp. 141 ss.

[46] Para un marco general de los derechos sociales reconocidos por la constitución italiana, G. Corso, «I diritti sociali nella Costituzione italiana», en *Riv. trim. dir. pub.*, 1981, pp. 755 ss.

[47] C.B.Macpherson, *The Rise and Fall of Economic Justice*, Oxford-Nueva York, 1987, pp. 24 ss.

[48] En este sentido se manifiesta también J. Waldron, «Two Faces of the Coin», en Id., *Liberal Rights*, cit., pp. 1 ss.

ción pública, lo cual es una cuestión por un lado contingente y por otro valorativa.

En buena lógica, la inviolabilidad del domicilio o de la correspondencia no puede ser considerada meramente un derecho subjetivo «público», esto es, frente al Estado, sino que tendría que contemplarse como un derecho con virtualidad en la esfera privada[49]. Buen número de las llamadas «libertades» no pueden reducirse a su *status* dieciochesco y por ello en el plano jurídico parece más apropiado concebirlas según se presentan luego en la realidad, esto es, como la elección de un bien, cuya reconducción estipulativa a una única, estrecha y exclusiva correlatividad (derecho frente al Estado, pero no frente a los particulares; derecho a una abstención, pero no a una prestación, etc.) siempre resulta parcial y algo reduccionista. Estas clasificaciones continúan identificando el derecho (que se refiere a un bien de la vida) con las medidas orientadas a su tutela, confundiendo así la obligación de abstención con el contenido del derecho, en lugar de entender la una como una medida consecuente y variable, remplazable, de la protección del otro (que es lo que sustancia el derecho).

En muchos casos, a la vista del incremento de su grado de complejidad, habría pues que reinterpretar los derechos de libertad[50]. Además, hoy se impone contemplar las posiciones de ventaja asociadas a los derechos de libertad en su vinculación con prestaciones estatales; la libertad de expresión en la cultura de la comunicación de masas nos ofrece un importante ejemplo de ello. No es posible ni siquiera imaginar esta libertad como un derecho que se agote en la mera abstención por parte del poder público (probablemente ante su total monopolización en manos privadas). Podemos creer que los derechos subjetivos públicos –de libertad– contienen el bien libertad civil y/o política, pero sería una ingenuidad insistir en que corresponden a meras omisiones (deberes de simple omisión). Todo dependerá más bien de lo que se quiera y pueda entender en una sociedad dada por libertad de expresión[51] y, en segundo lugar, de lo que se pueda o deba considerar necesario en una sociedad dada para garantizar dicha libertad de expresión (abstenciones o prestaciones instrumentales). Una tarea de clarificación podría entonces fijarse como objetivo mostrar de qué manera el derecho no tiene por objeto una prestación del Estado, sino un bien específico, diferente de ésta, un bien merecedor *en cuanto tal* de tutela. Bajo esta perspectiva, las prestaciones o los comportamientos omisivos del Estado no son pues ese

---

[49] Barile y Cheli, voz «Domicilio, libertà di», en *Enciclopedia del diritto.*

[50] A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali*, Padua, 19902, en especial. pp. 32 ss.

[51] Cfr. O. Fiss, *Liberalism Divided. Freedom of Speech and the Many Uses of State Power,* Boulder-Oxford, 1996 (en especial, cap. 3).

bien, sino sólo instrumentos primarios; el derecho no consiste en esas garantías, sino que son las garantías, las que dependen de las definiciones reales del bien [52].

La diferencia entre derechos de libertad y derechos sociales [53] depende también de la configuración del derecho social como derecho a una prestación. De nuevo, una vez que esta configuración adquiere un carácter *estructural,* puede resultar distorsionadora, puesto que tiende a persuadir de que el contenido del derecho es la pretensión a una prestación del Estado, o la obligación de una prestación pública, en lugar del bien indicado, es decir, la salud, la educación, el sostenimiento económico individual y familiar, el trabajo o la vivienda. Es plenamente pacífico que en el caso de los derechos sociales, la tutela necesaria consiste en una prestación estatal mucho más a menudo que en el caso de los derechos llamados de libertad [54]. Pero

---

[52] Cabe añadir lo que (en otro contexto y a otros efectos) ha observado P. Zatti, «Verso un diritto per la bioetica», en C. M. Mazzoni (edit.)*, Una norma giuridica per la bioetica,* Bolonia, 1998, pp. 72 *ss.* A propósito de la regulación italiana sobre la interrupción del embarazo, que restringe el aborto a los primeros 90 días en caso de peligro serio para la salud de la madre, se ha puesto de relieve cómo esta norma «privada de complemento práctico (...) como el de la certificación médica» parece ser de hecho «platónica o hipócrita, dado que la ley italiana haría una proclamación inútil, una simulación normativa, en cuyo fondo se esconde la libre decisión de la madre». Zatti observa, en cambio, que la utilidad de una norma no puede ser del todo negada, tampoco en este caso, si mantiene el valor sistemático del ordenamiento, es decir, la norma no es fútil, ni inútil, puesto que termina por valer en todo caso como «atribución de rango al «bien de la vida del *nasciturus*, a través de una piedra de toque, a saber, que ese valor cede sólo ante la salud de la madre por decisión de la madre misma» (ibi, p. 73).

[53] Es bien conocida la utilidad heurísitica de esta gran división y no hay porqué rechazarla. Para el constitucionalismo de los derechos nacido a finales del siglo XVIII esta división representa un hecho histórico, más que un hecho teórico. El llamado *Second Bill of Rights* enunciado por F.D. Roosevelt en su famoso mensaje de 1944 sobre el estado de la Unión, incluía derechos que no parten de la Constitución estadounidense, derechos al trabajo (útil y remunerado), a un salario adecuado según las necesidades propias y de la familia (*food clothing and recreation*), a una vivienda digna, a la salud, a la protección y a la asistencia social y a la educación; véase el *Second Bill of Rights* recogido en C. R. Sunstein, «Constitutionalism. After the New Deal»*,* 101 *Harv L Rev* (1987), pp. 421 ss. A través de la mencionada distinción, se configura sustancialmente el paso de un constitucionalismo a otro: cfr. G. Casper, «Changing Concepts of Constitutionalism: 18th to 20th Century», 1989 *S Ct Rev* , pp. 311 ss.

[54] En el fondo, la resistencia ofrecida por el constitucionalismo estadounidense a la aceptación del desarrollo de las disposiciones legislativas de los *welfare rights,* no hacía sino conducir a un conflicto entre una interpretación de la Constitución de las libertades (custodiada por la Corte Suprema), y la concepción de un Estado de Welfare, sostenido por derechos «welfarist», expresada también en los esfuerzos del New Deal. Mientras el modelo *europeo* de los derechos sociales se iba instaurando *a través* de las Constituciones, el americano lo hace *a pesar de* la Constitución o, en todo caso, a través del necesario replanteamiento del sentido de los derechos constitucionales. En general, sobre estos temas puede verse M. A. Glendon, «Rights in Twentieth-Century Constitution», en G. Stones, R. Epstein y Cass Sunstein (edits.), *The Bill of Rights in the Modern State*, Chicago 1992, pp. 519 ss. En relación con el área eu-

la configuración del derecho a la salud (y otros del género) ganaría en realismo si se concibiera como la tutela de un bien a través, ya sea de prohibiciones o de obligaciones; tanto del Estado como de los particulares; al tiempo que su preservación o mantenimiento tienen lugar a través, bien de la regulación estatal, bien del desarrollo de la autonomía de los individuos; de manera no muy diferente de como sucede en el caso de los derechos de libertad. Puede que el Estado tenga que abstenerse de toda actividad que ponga en peligro la salud de los ciudadanos, o de toda regulación que restrinja la autonomía de la investigación médica; el estatuto jurídico del derecho a la salud no predetermina esta cuestión. La distancia que separa derechos de libertad y derechos sociales se reduce notablemente si es posible plantear la cuestión en los términos siguientes: el derecho subjetivo se debe determinar sustancialmente, sin que pueda ser definido apriorísticamente el tipo de *relación* que el derecho «estructuralmente» integra o implica (omisiones o prestaciones)[55].

VI. Derechos sociales y propiedad

De acuerdo con algunas tesis recientes (Peces-Barba, Ferrajoli), «fundamental» significa «universal». Por consiguiente, los derechos que, como la propiedad, tienden a «excluir», no son fundamentales, porque, a diferencia de los derechos de libertad, no comportan universalidad (extensión a todos por igual) en alguna medida. Por el contrario, los derechos sociales se hallan al nivel de estos últimos, porque son universalizables, corresponden a todos.

Desplazar la propiedad, como derecho real en sentido estricto, del ámbito de los derechos fundamentales, no resulta en principio inaceptable, prevaleciendo por lo general en este contexto la consideración de la propiedad más como un medio para la protección de la seguridad, de la libertad, de la autonomía, que como un ideal en sí mismo. Hay quien asegura que quizá

---

ropea, cfr. G. Gozzi, *Democrazia e diritti. Germania: dallo Stato di diritto alla democrazia costituzionale*, Bari, 1999. La distinción estricta entre derechos negativos y derechos positivos, entre libertad y pretensiones de prestaciones sociales, constituye la base de la parte más relevante de la historia constitucional estadounidense. Son útiles en relación con esta última, M.P. Zuckert, *Natural Rights and the New Republicanism,* Princeton, 1994; B. Ackerman, *We the People. Foundations*, Cambridge Mass., 1991.

[55] Esto no excluye totalmente la validez de las tesis, según las cuales se dan dos categorías de derechos fundamentales: «derechos inmutables y absolutos que existen en cualquier época o con independencia de cuál sea la ideología dominante; y otros derechos, conocidos como derechos económicos y sociales, que 'comportan un cierto grado de contingencia y relatividad' y cuyo reconocimiento está en función del estado de la sociedad y de su evolución» (L. Favoreu, «La Protection des Droits Economiques et Sociaux dans les Constitutions», en *Conflict and Integration: Comparative Law in the Wolrd Today*, Chuo, 1989, pp. 32-3).

pudiera ser ésta la dirección adecuada si el objetivo final fuera verdaderamente garantizar «seguridad, diferencia, solidaridad» [56]. Por lo demás, no es menos cierto que, por definición, en el plano del objeto del derecho de propiedad, la exclusividad es una propiedad dirimente: «Todos somos igualmente libres de manifestar nuestro pensamiento, igualmente inmunes a los arrestos arbitrarios, igualmente autónomos para disponer de los bienes de nuestra propiedad e igualmente titulares de los derechos a la salud y a la educación. Pero cada uno de nosotros es propietario o acreedor de cosas diversas y en una medida diferente: yo soy propietario de mi vestido o de la casa que habito, o sea, de objetos diversos de aquellos de los que otros y no yo son propietarios» [57] .

Por el contrario, los derechos sociales se diferenciarían de los patrimoniales por ser universales *(omnium),* además de indisponibles, inalienables, inviolables, innegociables y personalísimos [58]. No haría falta, en fin, confundir el derecho de impronta liberal, a adquirir la propiedad, que es universal, con la propiedad de bienes determinados [59].

Al hilo de la distinción nítida entre los derechos sociales, definidos como derechos *a prestaciones estatales,* y los derechos patrimoniales, surgen al menos algunas perplejidades. Si es cierto que, en efecto, estos últimos pertenecen a cada cual de manera diversa, en relación con su cantidad o con su calidad, en el fondo *también* los derechos sociales pueden corresponder de diversa manera, en cantidad o en calidad, en el sentido de que, una vez confirmado el bien que debe ser garantizado, las prestaciones a las que en concreto se tiene derecho pueden ser diversas. Las condiciones selectivas para el derecho a la prestación (en el caso de la salud) no se agotan en el estado de salud (la enfermedad), sino que a menudo toman en consideración, como criterio de admisión o discriminación los recursos de los individuos,

---

[56] Estos son los ideales contemporáneos que, a juicio de E. Denninger, «State Tasks and Human Rights», en *Ratio Iuris*, vol.12, n. 1, 1999, pp. 1-10, sustituyen a los revolucionarios.

[57] Ferrajoli, *op. cit*. pp. 10-11

[58] Sobre el significado de «indisponible» y asimismo sobre la irrenunciabilidad de los derechos fundamentales, incluso con respecto a la relación entre derechos fundamentales y propiedad, merecen una atenta reflexión las consideraciones de Jori, «Ferrajoli sui diritti», cit. pp. 31-9.

[59] Ferrajoli, *op. cit*. pp. 10-11. Discuto estos argumentos *infra* § VIII. Recuerdo que el trabajo de Ferrajoli sostiene, entre otras cosas, frente a Locke y al pensamiento revolucionario francés (art. 2 de la Declaración de 1789), que la elevación de la propiedad a fundamental deriva de un *equívoco,* a saber: la confusión entre el derecho civil, dependiente de la posesión de la capacidad de obrar, a adquirir la propiedad; y el derecho de propiedad en sentido estricto, o sea, a gozar y disponer de un bien cierto y determinado. El uno es un derecho fundamental, el otro no, porque es *ius excludendi alios,* es decir, si A es propietario de algo, no puede serlo B. Por el contrario, son fundamentales los derechos sociales, cuya universalidad no está excluida por el diverso contenido que podrían tener en relación con las condiciones de los individuos.

y por tanto su renta. Además, puesto que dondequiera que se haya de excluir la abundancia absoluta de los recursos, todo derecho a una prestación pública debe ser repartida, toda prestación social a la que se tenga derecho adquiere el perfil de una suerte de derecho patrimonial a cosas específicas, que *no* pueden como tales ser al mismo tiempo *también* de otros.

Concebido como derecho *a una prestación específica* de *welfare*, el derecho social tiende más a aproximarse hacia (que a alejarse de) el derecho de propiedad. *En concreto,* tanto el derecho patrimonial sobre cosas ciertas, como el derecho (social) a prestaciones específicas, son variables en aspectos cuantitativos y cualitativos y son probablemente negociables o derogables, a diferencia de los derechos de libertad [60]. Es verdad que el objeto de la propiedad es un *quid facti,* que nos divide y nos distingue, esto es, no es igual para todos en la medida en que depende de los recursos disponibles, de las decisiones y de las preferencias, de la lotería de la vida, así como de un sinnúmero de factores; pero aun así, y precisamente si el contenido social se hace consistir en la prestación del Estado, se debe admitir que también ella es en sí misma un *quid facti,* no igual para todos, que depende de los recursos, de las decisiones políticas, de las preferencias, de las concepciones vigentes sobre la salud y la solidaridad, de la política socioeconómica que rija la asignación de las prestaciones públicas (si ha de ser universal o no, de acuerdo con las necesidades o las rentas, y así sucesivamente) [61]. La diferencia –con sólo adoptar un modelo de *welfare* particularista, en lugar de universalista [62], con sólo circunscribir a un área de destinatarios más o menos extensa las prestaciones en sus diversos grados– está presente en la lógica de los derechos sociales, que dependen estrictamente de recursos patrimoniales y se ven obligados a compartir su destino con éstos [63].

---

[60] Nótese que esto no debería valer en relación con el derecho en sentido abstracto, o sea, como derecho de libertad (según la distinción referida *supra*, nota 59). Bajo el derecho de propiedad como derecho real, patrimonial, habría un derecho abstracto (una vez admitido que la distinción conceptual tenga sentido) de adquirir propiedad (pero también bajo los derechos sociales hay un derecho de libertad, en sentido lato, a acceder a un trabajo, a estar sano, a disponer de una vivienda, a educarse, y así sucesivamente).

[61] En su relación con los derechos patrimoniales, los derechos sociales exhiben vínculos difíciles de romper; así, la cobertura de los recursos necesarios para la defensa del bien «salud de los individuos» comporta profundas intromisiones sobre la «propiedad» de los particulares, y aumenta o disminuye con ellas proporcionalmente; además, resulta perfectamente plausible una inversión de la proporción entre la medida de la prestación y la medida de la propiedad privada, en el sentido de que la prestación estatal puede no ser necesaria o disminuir sensiblemente (por ley) dependiendo de los recursos poseídos, disponibles.

[62] Para la explicación de los dos modelos, vid. M. Ferrera, *Modelli di solidarietà. Politica e riforme sociali nelle democrazie*, Bolonia, 1993.

[63] En cierto sentido, si es verdad que todos tenemos derecho a la salud (como en abstracto a la apropiación) y si también es verdad que, teniendo el derecho a convertirnos en propie-

Como ya he señalado, los derechos sociales deberían entenderse como normas que protegen un bien (la vivienda, la educación, el trabajo) en relación con los individuos y no tanto como derechos a una prestación estatal, de modo que las actividades necesarias para la protección de dicho bien (ya sea una prestación estatal, simplemente pública, ya sea privada, o ninguna prestación en absoluto, es decir, la omisión de intervención o el no impedimento, etc.) no pueden ser *fijadas* (ni tampoco los sujetos a los que se impone una obligación) de una vez por todas, ni pueden ser tampoco (mal)entendidas como el contenido de esos derechos o como lo que de «fundamental» nosotros reconocemos en ellos.

Podemos ahora proceder a un examen más detallado de las consecuencias del planteamiento (bien representado por recientes aportaciones de Luigi Ferrajoli) según el cual los derechos *fundamentales* comprenden también los derechos *sociales,* y los derechos sociales son entendidos a un tiempo como: 1. *derechos contramayoritarios* (excluidos de la discusión política ordinaria); 2. *cualitativamente diferentes de la propiedad;* 3. consistentes en una *obligación de prestación por parte del Estado.* Estos rasgos pueden entrar en franco conflicto entre sí:

a) Si es plausible que un derecho «fundamental» constitucionalmente garantizado goce de algún privilegio que lo preserve de las contingencias políticas, no parece que esta situación pueda extenderse al derecho social, *siempre y cuando* éste sea entendido *como obligación a una específica prestación estatal,* pues esta última debe variar con la alteración de las condiciones concretas del «pacto social» entre propiedad y trabajo, entre producción y consumo, entre poderes y electores, entre *welfare* y sectores beneficiarios, entre fuerzas sociales (sindicatos) y partidos políticos, entre mayo-

---

tarios, no por ello tenemos el derecho a serlo todos por igual de las mismas cosas, entonces también en el caso de los derechos sociales puede *no* ser cierto que tengamos derecho a las *mismas prestaciones por parte del Estado.* Adviértase que esto no sería importante, si no fuera por una concepción estática, no distributiva, de la igualdad sustancial; además sería ilógico que el derecho a la salud fuera entendido como un derecho a la igualdad, a ser iguales en el sentido de recibir prestaciones iguales, allí donde de lo que se trata es, muy al contrario, de tutelar la obtención de un bien reputado fundamental; la solidaridad social en realidad exige aquí una diversificación de las prestaciones según las necesidades, lo que vale ya sea en relación con la salud o la enfermedad, que compelen al Estado a actividades diversas (en el primer caso con carácter preventivo, en el segundo con carácter curativo), ya sea eventualmente en relación con los recursos o la voluntad de los individuos (en este último caso, la renuncia a la prestación estatal, con el recurso a estructuras sanitarias privadas, se configura como una renuncia a un derecho irrenunciable, si el derecho consistiese verdaderamente en recibir una prestación estatal). Por tanto, el derecho social no debería ser definido como un derecho a una prestación estatal por mucho que este esquema jurídico sea predominante en otros aspectos y ofrezca (para la teoría de Ferrajoli) la ventaja de contemplar la noción de obligación (estatal) y de laguna (en la eventualidad de que el ordenamiento no prevea garantías efectivas).

rías y minorías. En estos términos, la negociación, que de ordinario determina las prestaciones o que eventualmente reorganiza su distribución entre agencias diferentes del Estado (por ejemplo seguros, mutuas, asociaciones profesionales, etc.), no puede ser entendida cabalmente como «contramayoritaria» o como situada al margen de la decisión «política». No lo es. Sólo el *an* de esta tutela puede preservarse de la contingencia política, pero no la fuente final (quién materialmente asigna la prestación), el *quantum* o el *quomodo*, sin perjuicio de que el propio poder judicial tenga de algún modo voz, esto es, contribuya con su juicio sobre las leyes o de alguna otra manera (también esto depende de los sistemas) a un juicio de validez, o sea, de coherencia y suficiencia de las regulaciones establecidas.

b) Además, *si* los derechos sociales son definidos *estructuralmente* como la obligación a una prestación, entonces la prestación debe ser, en contraste con lo que suele ser el caso, clara y precisa al menos tipológicamente. En tanto que el derecho se *defina como una prestación* del Estado (lo cual, a mi juicio, debería rechazarse), esta prestación representa un elemento esencial; por tanto, debe inferirse, de acuerdo con la concepción dominante, que si el derecho (fundamental) es innegociable también pasa a serlo paradójicamente la prestación específica en la que se lo ha hecho consistir. Admitido, en efecto, que exista una laguna cada vez que esta prestación *no* haya sido determinada, entonces cada vez que dicha prestación sí *estuviera* determinada (digamos por ley) devendría indisponible y no renegociable, al igual que el «derecho» mismo. De lo contrario, sólo podría en su caso resultar innegociable el *an* del derecho. Se crea así un cortocircuito entre los requisitos atribuidos a la noción de derechos sociales como derechos fundamentales (un cortocircuirto que no se halla implícito en *toda* definición posible del derecho social como derecho fundamental).

c) Los derechos sociales serían «fundamentales» (y, en consecuencia, indisponibles e innegociables) por su carácter universal e independiente de su relevancia patrimonial; no se trata, pues, de derechos «patrimoniales». En realidad, ambas figuras presentan numerosas afinidades, y en buena razón, tanto el *an* de los derechos de propiedad (la existencia de algo como los derechos de propiedad) como el *an* de los derechos sociales no parecen disponibles. *Ambos* están fuera del alcance de las decisiones de la mayoría, y por tanto están «fijos», pero *sólo en una dimensión distinta de la que identifica cosas,* ventajas, prestaciones, de las que el derecho permite gozar; una dimensión en la que no se transige, porque contiene el límite, o mejor, lo que en los ordenamientos constitucionales «funda» las políticas públicas, el mercado, y el intercambio político. De lo contrario, se correría el riesgo, paradójicamente, de tener que sostener que las prestaciones sociales son precisamente no negociables (cfr. *sub b*), mientras puede cuestionarse la insti-

tución misma de la propiedad. Esto parecería injustificado y revelaría una inspiración favorable incluso a la intangibilidad *de las cuotas de redistribución* pública de la riqueza, pero no a la salvaguardia de las «cuotas» propietarias. Si nos situáramos en este plano, sería oportuno descender de él, pues, de lo contrario, se tornarían igualmente inatacables pretensiones de tono diametralmente opuesto, caracterizadas por la prioridad de la propiedad y en alguna medida contrarias o escépticas acerca de la existencia o el uso de los recursos públicos [64].

La cuestión de la propiedad se encuentra íntimamente ligada a la de los derechos sociales, si bien queda aún por definir a través de qué vínculo. Como se ha observado, se trata de decidir entre dos planteamientos de la relación en el sentido de que la proclamación de los «derechos de *welfare* puede significar bien suplicar a los propietarios ser un poco más generosos», o bien preguntarse por el contrario «en virtud de qué derechos pretenden tener algo exclusivamente para sí ante la desesperada necesidad de otros (...) La propiedad debe responder al tribunal de la necesidad, no viceversa» [65]. Prescindiré de la cuestión del grado de incerteza del que pueda adolecer el concepto de necesidad; pero vale decir que atribuir rango fundamental a los derechos sociales implica abandonar la lógica de la caridad para pasar en su caso a la de la ponderación entre valores de por sí no disponibles, presentes en la tradición liberaldemocrática, y cuyas plasmaciones prácticas contienden entre sí inevitablemente [66]. La razón moderna de la propiedad radica en la subsistencia y la dignidad de los individuos; en otros términos, salvar los derechos sociales desde el punto de vista de su fundamentación teórica equivale a reconducirlos a la propia raíz de la propiedad, el derecho general de los hombres a vivir decentemente [67]. Y ello hasta el punto de que intentar abatir la una para salvar los otros representaría un problema .

---

[64] Más allá de las muy moderadas tesis de Hayek y las conservadoras *à la* Nozick, me inclino aquí por tomar como ejemplo las más radicales e indómitas propuestas de Murray Rothbard, *For a New Liberty*, Chicago, 1973, así, pp. 220-1: «Abolición del sector público significa (...) que *todos los pedazos* de tierra, todas la áreas territoriales, incluidas carreteras y vías de comunicación, estén en manos privadas, en manos de individuos, empresas, cooperativas, o cualquier otro reagrupamiento voluntario de individuos y capitales (...) Todo lo que necesitamos es reorientar nuestro pensamiento hasta considerar un mundo en el que todo el territorio sea poseído privadamente».

[65] Waldron, «Two Sides of the Coin», cit., p. 20.

[66] Me remito a tesis que se apoyan en esta dialéctica: P. Haeberle, *Le libertà fondamentali nello stato costituzionale,* ed. de P. Ridola, Florencia, 1993 y U. K. Preuss, «The Concepts of Rights and the Welfare State», en G. Teubner (edit.), *Dilemmas of Law in the Welfare State*, Berlín-Nueva York, 1986, pp. 151 ss.

[67] Cabe tomar prestada por lo menos la referencia al término «decente», en la sociopolítica contemporánea, del trabajo de Avishai Margalit, *La società decente*, ed. de Andrea Villani, Milán, 1998.

VII. Derechos programáticos

En el balance final, si por algo se distinguen los derechos sociales con respecto a cualquier otra categoría o generación de derechos, es por el riesgo permanente que pesa sobre ellos de quedar reducidos a normas de carácter *programático*[68], lo cual sucede –se dice– cuando la obligación (la prestación) que se impone al Estado es indeterminada y carece de tutela jurisdiccional[69]. Pero en mi opinión, la traducción de los derechos en abstractos «programas» tiene lugar precisamente cuando los derechos sociales se conciben como obligaciones a una prestación estatal. Esta circunstancia se manifiesta de manera distinta según las características formales y funcionales de los ordenamientos; de manera desigual, pues, en Italia, en la Unión Europea, o en un sistema de base judicial como el estadounidense.

Creo que la constitucionalización de los derechos sociales, incluso bajo la forma de «objetivos» programáticos, funciona en cualquier caso como un parámetro de control de la intervención del legislador, si bien en el ordenamiento italiano la «configuración objetiva» del juicio de constitucionalidad (sólo sobre las leyes) presta un servicio meramente indirecto al ciudadano, a diferencia de lo que habría podido suceder en caso de que a dicho juicio se le hubiera reconocido la función de tutela directa de los derechos fundamentales[70].

El ordenamiento comunitario europeo nos brinda la ocasión para ciertos análisis de interés. En este campo, la redacción en términos de objetivos o de derechos permite al juez nacional, como juez comunitario, dejar de aplicar el acto legislativo estatal «que desatienda el objetivo», o también que la pretensión fundada sobre el derecho subjetivo comunitario sea elevada ante el juez nacional (en su función de juez comunitario)[71]; sin abandonar este contexto, la cuestión de los derechos sociales también podría hallar aquí un nuevo marco, a la vista del modo como la Comunidad-Unión europea ha ido adquiriendo durante los últimos años compromisos típicos de un Estado social (en particular, por lo que se refiere a su orientación a la protección del

---

[68] Con acierto, se refiere a esta cuestión Jori, «Ferrajoli sui diritti», cit., p. 27.

[69] M.S. Giannini no sólo subrayó el fuerte compromiso económico que comportan los derechos sociales (y con ello, como se ha señalado, su abstracción y su condición de papel mojado a falta de recursos), sino que también puso de relieve la insuficiencia de instrumentos jurisdiccionales en relación con las omisiones del poder legislativo (Cfr. Id., «Stato sociale: una nozione inutile», cit. p. 160).

[70] Sobre el carácter del control de constitucionalidad, cfr. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, Bolonia, 1988.

[71] Para estas y otras clarificaciones sobre el papel y el funcionamiento de los derechos en el ámbito comunitario, véase el excelente trabajo de L. Azzena, *L'integrazione attraverso i diritti. Dal cittadino italiano al cittadino europeo*, Turín, 1998, pp. 225 ss.

consumidor o de la salud, y a la sensibilidad normalmente mostrada hacia principios como la solidaridad, la igualdad, etc.). Es más, si bien en la esfera de los derechos sociales persiste la amenaza de la falta de instrumentos en manos del ciudadano frente a la inercia del legislador, al mismo tiempo conviene advertir las sorprendentes ventajas que comporta el nuevo ordenamiento europeo globalmente: «Para reaccionar frente a la inercia del legislador nacional, en el caso de que éste haya sido llamado a la realización de los objetivos fijados por el Tratado, podría revelarse más eficaz la reciente imposición a los Estados de la obligación de indemnizar a los individuos por los daños derivados del incumplimiento de la obligación de desarrollar una directiva, que el instrumento del recurso por incumplimiento que el art. 169 Trat. confía a la Comisión. Aquella solución, no limitándose a los derechos sociales, indudablemente puede revelarse en relación con estos derechos como un instrumento particularmente valioso para compeler al legislador nacional a la realización de los mismos, proporcionando en su defecto la indemnización al particular perjudicado», y pudiéndose superar eventualmente en el futuro la fuerte limitación a la legitimación activa de los particulares (dado que los titulares de los derechos sociales son considerados grupos más que individuos) mediante la introducción de la acción colectiva o de la extensión de la legitimación ante intereses difusos (como el derecho a un ambiente sano o los derechos del consumidor) [72].

Se ha observado que no existe una «íntima correlación entre la fuerza del *lenguaje* constitucional de *welfare*, por un lado, y la *generosidad* de los Estados de *welfare,* cuantificada en términos de cuota de la riqueza destinada a la salud, la seguridad social, la vivienda pública, etc.» [73]. Esto expresa el significado del carácter programático o cuasi-retórico de algunas declaraciones. Sin embargo, la resistencia del ordenamiento estadounidense a constitucionalizar derechos sociales, tal como son enunciados en la Constitución italiana o en la *Bill of Rights* que habría deseado Roosevelt, constituye un ejemplo que puede ser explicado precisamente por la tendencia a tomar los derechos en serio y por la consciencia de que la incorporación explícita de los derechos sociales al texto constitucional terminaría por dotarles de inmediata aplicación, esto es, supondría una vía que progresivamente posibilitaría su operatividad. Si los derechos sociales son derechos fundamentales del mismo modo que los derechos de libertad, o sea, son indisponibles, entonces deben funcionar también y ante todo como reglas de reconocimiento; deben, en otras palabras, representar los criterios de compatibilidad con la Constitución de los actos de los poderes constituidos. Las

[72] Cfr. L. Azzena, *L'integrazione attraverso i diritti*, cit., pp. 226-7.

[73] Glendon, *op. cit.*, p. 533.

promesas que los derechos fundamentales (constitucionales) encierran son jurídicas y vinculantes *con tal de que* sean *usadas* como tales. Esto ciertamente representa un obstáculo, pero no hay modo de superarlo por medio del establecimiento de otra obligación jurídica superior; no cabe su realización a través de la fuerza obligatoria de una norma presupuesta.

Naturalmente, la realización de los derechos fundamentales depende también de un cierto grado de civilización y de los recursos económicos que solamente hallamos en los países desarrollados y ricos; e incluso entre éstos ya no se puede concebir tal realización en los términos de un *welfare* enteramente estatal, sino de un modo más articulado, que incorpore el concepto de *welfare mix* o el que ha dejado de identificar y agotar en el Estado la noción de lo «público». En los países avanzados, la totalidad de los derechos negativos así como muchos de los positivos aspiran a ser fundamentales, y pueden verse realizados, fluctuando en una extensísima franja, sin que esas variaciones cuantitativas anulen el concepto, lo cual sucede análoga y parcialmente con los derechos de libertad que, no olvidemos, se basan en recursos sociales, públicos. Estos recursos no sólo son necesarios para el mantenimiento del poder *coercitivo* del Estado [74], sino que sirven además para dotar a los individuos de las condiciones materiales y espirituales de vida necesarias que aseguren su disposición favorable a la *aceptación y el respeto* de los derechos de los demás.

VIII. Derechos fundamentales, universalidad y derecho de propiedad

1. La teoría de los derechos fundamentales de Peces-Barba atribuye a la expresión «derechos fundamentales» un sentido que pretende superar dos limitaciones: el reduccionismo iusnaturalista y el reduccionismo positivista [75]. El primero se basa en la idea de que existen derechos naturales que *en razón de esta condición* son fundamentales (o deben serlo), si bien debe contemplar la necesidad de que todo derecho «natural» cuente con una convalidación, una «mediación» jurídica; el segundo se funda sobre la (contraria) separación de las decisiones jurídicamente válidas respecto de los criterios de naturaleza moral; pero debe reconocer la necesidad de que lo *iustum* se corresponda con un principio moral compartido o asentado.

---

[74] Me parece que ésta es la lógica que preside el discurso de S. Holmes, C. Sunstein, *The Cost of Rights*, New York, 1999. Obsérvese además que Holmes y Sunstein reconstruyen el derecho de propiedad poniéndolo en relación con las exacciones tributarias, es decir, basado en costes públicos, en cuya ausencia no sería posible gozar de propiedad alguna. Incluso los derechos de *welfare* pueden presentarse entre los costes necesarios para sostener y defender la propiedad, hasta el punto de asemejarse a un intercambio entre la tutela de la propiedad privada y las exigencias de los menos favorecidos (ibi, pp. 30-1; pp. 204 ss.).

[75] Peces-Barba, *Teoria dei diritti fondamentali*, cit., p. 85.

Se trataría por tanto de *integrar* la filosofía del derecho y el derecho positivo: por un lado, el «*porqué* de los derechos del hombre» que encierra una «pretensión moral justificada» y, por otro, su traducción concreta, el «objetivo» de los derechos del hombre, como incorporación de esta «pretensión moral al derecho positivo» [76] .

Una vez sentadas estas precisiones, «fundamental» significa aquí dotado de una razón moral profunda (no precisada ulteriormente) [77], pero no puramente contrafáctica: «carece de sentido hablar de fundamento de un derecho que no sea después susceptible en algún caso de integrarse en el Derecho positivo. Mucho menos sentido tiene hablar de un concepto de derecho que no posea una raíz ética ligada a las dimensiones centrales de la dignidad humana». Bajo ningún concepto, cabe pues considerar fundamental un derecho «moral» que por razones de hecho parezca «imposible» (es el caso de un derecho obstaculizado por razones de escasez insuperable) [78]. De acuerdo con Peces-Barba, los derechos puramente «morales», técnicamente de imposible traducción en términos jurídicos (como el derecho a la desobediencia civil que se presenta en contradicción con el propio ordenamiento), no serían derechos «fundamentales» porque no son generalizables; y tampoco los derechos incorporados al sistema jurídico serían «fundamentales» cuando la pretensión contenida en ellos no resulte generalizable, por ejemplo, por razones de escasez relativa (como sucede con el derecho de propiedad).

Como se puede observar, la *generalizabilidad* concierne a la justificación moral del derecho subjetivo, es decir, una pretensión está justificada moralmente si es «susceptible de ser elevada a ley general, es decir, que presente un contenido igualitario, atribuible a todos los posibles destinatarios, sean éstos los genéricos «seres humanos» o «ciudadanos» o los concretos «trabajadores», «mujeres», «administrados», «usuarios o consumidores», «inválidos», «menores», etc. [79]

[76] Ibi, p. 84. Serían por consiguiente fundamentales los derechos que aparecen ya sea históricamente radicados en la moral o bien presentes en el ordenamiento.

[77] Están moralmente justificados los derechos que tienden a la realización de la persona humana en la vida social (ibi, pp.186-7). Y por tanto, identificar lo relevante a estos efectos, depende del análisis diacrónico (ibi, p. 188) del que Peces-Barba infiere que, donde no existe igualdad, la libertad no se cumple; la libertad es siempre igualitaria, en el sentido de que exige «tratar de hacer (la libertad) posible para todos» (*ibid.*).

[78] Se trata de una definición hasta ahora en exceso deudora de la competente intervención de la «autoridad pública» que puede mediar entre justicia y fuerza, entre valores morales y derecho positivo.

[79] Ibi, p. 90. Con independencia de lo que deba calificarse como fundamental, Peces-Barba lo plantea analíticamente (pp. 90 y ss.).

¿Qué significa entonces «fundamental»? Bajo otra versión, cabe responder: «la vida, la libertad personal o el derecho de voto son fundamentales no tanto porque correspondan a valores o intereses vitales, sino por universales e indisponibles». La *forma universal,* inalienable, indisponible y constitucional garantiza en general lo que se considera fundamental en un país («o sea, aquellas necesidades sustanciales cuya satisfacción es condición de la convivencia civil y, en su conjunto, causa o razón social de ese artificio que es el Estado») [80].

De lo que se trata es de contrastar la vigencia en el plano teórico del vínculo entre fundamentalidad y universalidad; es decir, ¿cabe pensar en un derecho fundamental que *no* sea «universal»? Es frecuente que se defienda su vinculación, porque posibilita la necesaria extensión de los derechos fundamentales a todos (a todos los hombres o a todos los ciudadanos), lo que permite consecuentemente situar el carácter fundamental de los derechos en el corazón mismo de la idea de *igualdad.* Pero se trata de una propuesta *normativa*. ¿Por qué no pueden ser considerados fundamentales también los derechos que en razón de su propia «estructura», y por tanto por definición, se cuentan entre los derechos no considerados universales (los derechos patrimoniales)?

Resulta interesante advertir cómo el requisito de la *extensión* a la generalidad de los miembros de una clase que, según Peces-Barba, tiene una raíz *moral*, regresa en las tesis de Ferrajoli al interior de una teoría *formal*. La imposibilidad de su extensión universal, haría de la propiedad un «privilegio», más que un derecho «igual para todos los seres humanos». Y tal argumento hallaría su confirmación según Peces-Barba en la Constitución española y también en el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales de las Naciones Unidas [81]. Se sostiene por tanto que no puede surgir un derecho fundamental relativo a *bienes* que no sean generalizables; en estos casos, de hecho, el derecho subjetivo no es susceptible de traducirse en una posibilidad real para «todos». ¿Es, pues, la escasez relativa lo que impide a la propiedad convertirse en un «derecho fundamental»? Se debería considerar que así es; no por casualidad, Peces-Barba sostiene que aunque fuera «pensada» como fundamental, después no sería posible garantizar su eficacia (precisamente por la escasez de los recursos) [82].

---

[80] Ferrajoli, «Diritti», cit., p.14. Naturalmente, esto significaría que, *a posteriori*, podemos determinar los derechos fundamentales merced a su forma universal, indisponible, constitucional. No creo que esta «forma» sea *conditio sine qua non,* ni tampoco que sea suficiente para identificar el *status* de los derechos fundamentales en un ordenamiento.

[81] Peces-Barba, *op. cit*., p. 152 (la propiedad en el Pacto se excluye del texto principal para quedar relegada a los protocolos adicionales; y en la Constitución española de 1978 se la excluye del recurso de amparo, siendo además susceptible de restricción por ley).

[82] Ibi, p. 86 y *passim.*

2. Que la fundamentalidad pueda predicarse de derechos no «universales» es una cuestión que cabe abordar a través del *experimentum crucis* del derecho de propiedad, pues si la propiedad, que se considera un derecho subjetivo no universal, puede convertirse en derecho fundamental bajo algún ordenamiento, entonces no es plausible una definición teórica que la excluya; y si la propiedad puede ser un derecho fundamental, entonces pueden serlo igualmente otros derechos subjetivos no universales.

Desde el punto de vista propuesto aquí, resulta insostenible que el derecho de propiedad *no* pueda hallarse entre los derechos fundamentales. No prentendo afirmar con esto que el derecho de propiedad *deba* necesariamente incluirse entre ellos, sino sólo rechazar la exclusión *absoluta* de la propiedad entre los derechos fundamentales ya sea por un impedimento *lógico-formal* (el carácter no universal del derecho real) o bien por un impedimento *empírico,* aunque no contingente (la circunstancia objetiva de la escasez relativa de los bienes) o incluso por ambas circunstancias al tiempo [83].

Creo que la cuestión sobre el significado de la fundamentalidad no puede resolverse a través del «simple» criterio de la generalizabilidad. La escasez y la universalidad pueden ciertamente intervenir en la definición de lo «fundamental», pero no siempre pueden jugar un papel dirimente. Sin embargo, a tenor de las definiciones recién examinadas, *un derecho que no pueda corresponder a todos (al mismo tiempo) no puede ser fundamental.* Sostener que un derecho *no es* fundamental (en este caso, por el hecho de no poder valer para «todos») equivale a considerar que *no* puede existir *del todo, que no es necesario que sea concedido por algún ordenamiento, o bien que no es necesario dentro de un ordenamiento determinado*. En virtud de lo anteriormente indicado, cuando un derecho es *no* fundamental, entonces su ausencia o su derogación no da lugar a una carencia esencial ni en la estructura ni en los principios normativos rectores del ordenamiento.

Así pues, volviendo a la cuestión de la propiedad, si fuera cierto que no representa un derecho fundamental, entonces no se produciría alteración sustancial alguna en nuestros ordenamientos, en caso de que éstos no la contemplaran. Y sin embargo, esto parece contraintuitivo: ¿qué sucedería, por ejemplo, si no existiera ningún propietario concreto? La ausencia de la

[83] Creo que estas tesis son débiles. La versión «sociológica» ofrecida por Peces-Barba se refiere a una imposibilidad *de facto,* dependiente de circunstancias externas y objetivas; más enrarecida y menos expuesta resulta la concepción de Ferrajoli, que parece plantear la cuestión en términos de no fungibilidad y determinación de los bienes que son objeto concreto del derecho real, o sea en términos lógicos (más que en términos económicos, vinculados materialmente a la disponibilidad de los recursos). Sin embargo, hay que observar que, en esta versión diferente, el concepto que debe recuperarse es el de escasez, porque, dependiendo de la clase de bienes, una hipotética abundancia absoluta probablemente privaría de interés –si no de fundamento– la no fungibilidad y la determinación del bien poseído.

propiedad, entendida como derecho patrimonial, reflejaría un cambio social radical y representaría una innovación sustancial en el ordenamiento jurídico. Pero ¿qué otras consecuencias se podrían derivar de la ausencia de propiedad?

Ante todo, se debería considerar insostenible una distinción conceptual, entre el derecho o la libertad abstracta de *convertirse en* propietario, reconocida entre las libertades fundamentales, y el derecho de propiedad como derecho «real». La distinción tiende a separar la universal libertad de apropiación de los bienes, la libertad de apropiación, que sería un derecho fundamental, del derecho real sobre bienes, que no podría ser fundamental. Pero creo que estos dos conceptos son inseparables, comparten un mismo destino, como lo confirma el hecho de que la inexistencia de derecho patrimonial alguno, haría inconcebible la propia libertad de apropiación, su universalidad e incluso su carácter «fundamental». Si el derecho de propiedad no existiera, habría cambiado el modo de producción de la riqueza. Nos hallaríamos ante una situación puramente administrada. En tal caso, no se habría dispuesto ni siquiera el derecho de convertirse en propietario, que es, por el contrario, considerado fundamental (porque coincide con una libertad universal, y no es un derecho real sobre bienes ciertos). Si no se reconociera a nadie la propiedad sobre algo, la abstracta libertad de convertirse en propietario (sería tal amenaza para y) constituiría tal contradicción con la lógica del entero sistema político-económico, que habría de considerarse absolutamente peligrosa y, por consiguiente, *todo lo contrario* de fundamental, lo cual, en suma, hace imposible sostener el carácter fundamental del derecho a adquirir la propiedad *y con ello* el carácter no fundamental del derecho de propiedad (como derecho real sobre una cosa cierta, concreta).

Si se desea una confirmación teórica, es posible encontrarla entre las tesis de Rousseau, unas tesis no sospechosas de parcialidad desde el momento en que no aparecen en connivencia ni con el paradigma lockeano, ni con el francés del carácter sacro de la propiedad (art. 2 de la Declaración de 1789). A juicio de Rousseau, el derecho de propiedad obedece a un acto sustancialmente arbitrario, lo cual significa que la propiedad nace sin justificación «objetiva». La tesis de Rousseau contrasta con la opinión de que la de convertirse en propietario representa una «libertad» fundamental. En definitiva, negar carácter fundamental a la propiedad comporta fatalmente la negación del carácter fundamental del derecho (de libertad) de apropiación.

3. Conviene ahora volver sobre el asunto de la universalidad de los derechos fundamentales y al concreto, y conexo, de la escasez de los recursos (una relación entre universalidad y escasez, que es subrayada especialmente por Peces-Barba). La escasez de los recursos imposibilita la universalidad de la propiedad, y con ella su fundamentalidad, pues, en tanto se man-

tenga la escasez de los recursos, tampoco puede ser *de facto* universal. Se trata de la cuestión de las *circunstancias* del derecho de propiedad. La propiedad no *puede,* pues, ser un derecho fundamental a causa de circunstancias fácticas objetivas (de escasez) no contingentes.

Desearía no obstante mostrar que un sistema que reconoce a) la relativa escasez de los recursos y b) el valor fundamental de la libertad de apropiación (una de las «libertades» intangibles), no puede después dejar de acudir al derecho de propiedad *como principal instrumento de su regulación.*

Bajo este aspecto, conviene recordar una teoría moderna de la propiedad como la de Hume, que también vincula el «terrible derecho» al problema de la escasez, pero sosteniendo que la propiedad no provoca el problema de la escasez, sino que *surge de* una situación (opuesta a la rousseauniana) de *escasez relativa, y es aquí* donde se impone la necesidad de una justicia «artificial», que comprenda entre sus reglas áureas, de justicia, el derecho de propiedad (la titularidad de los bienes y la oponibilidad a terceros) [84]. Prescindiendo de la cuestión de la *génesis* de la propiedad, Rousseau y Hume señalan una relación en todo caso inextricable entre escasez y propiedad. Creo que tal relación sigue vigente, al menos en el sentido de que la *propiedad puede ser fundamental sólo en situaciones de escasez relativa;* y en ellas, una vez que se conceda *status* fundamental (y universal) a la *libertad de apropiación, ninguna forma de regulación de la escasez, salvo el «derecho» de propiedad, resulta plausible.* Por seguir con los «clásicos» del pensamiento filosófico-jurídico moderno, que con nosotros consagran la libertad abstracta de *adquirir* la propiedad, el derecho (real) de propiedad cesaría de ser fundamental sólo en caso de que la humanidad viviera en circunstancias de *abundancia absoluta* (y no de escasez relativa). Y entonces, a la inversa, el derecho de propiedad podría entenderse como *universal,* sólo bajo circunstancias de *abundancia absoluta,* en donde ciertamente no parece ser «*fundamental*».

Debo concluir, así pues, que la propiedad parece quebrar el presunto, pacífico e indisoluble binomio universal-fundamental, puesto que representa un derecho *fundamental* merced a las condiciones de escasez relativa, que son precisamente las mismas que le impiden gozar, *ceteris paribus,* de «universalidad» [85].

---

[84] Sobre estas cuestiones y sus referencias bibliográficas, permítaseme la remisión a G. Palombella, *Diritto e artificio in David Hume,* Milán, 1984.

[85] En contraste con lo que sostienen, si bien a partir de argumentos distintos, Peces-Barba y Ferrajoli, entre otros. Naturalmente, si se tratase de un equívoco, habría una manera de salir de él: renunciar sin escrúpulos a la libertad liberal de apropiación, lo que, al parecer, resulta arduo también para las teorías normativas democráticas.

IX. A propósito de «fundamental»

Concebir los derechos fundamentales como una categoría tendencialmente unitaria (al menos bajo ciertos aspectos) es posible y me parece legítimo. Para ello, en el plano jurídico, se impone mostrar el papel que, en cuanto *normas,* los derechos fundamentales pueden asumir; sin que ello tenga que interpretarse como el intento de anular el sentido de «ventaja» subjetiva inherente a la naturaleza de los derechos. No se trata, pues, de infravalorar el carácter relativo al sujeto que los derechos poseen, la prioridad de la tutela del individuo [86]; las normas que establecen derechos no agotan su *ratio* en la regulación del sistema jurídico, no representan *meras* exigencias «objetivas» del ordenamiento, o del orden social en su globalidad; sino que se constituyen de manera que se orientan a la tutela de los individuos (o de los grupos), más que al objetivo de la protección del «sistema». Por otro lado, al subrayar que los derechos son «normas», he rechazado la identificación mecánica de los *deberes* con el contenido del derecho subjetivo (distinguiendo así su existencia «jurídica» de la «correlatividad», en cierta medida excesivamente esquemática). En el fondo, es el *interés* del individuo (reconocido como valor a tutelar), lo que justifica una eventual imposición de deberes sobre otros [87].

Sin embargo, como se ha indicado en el epígrafe precedente, ahora se ha puesto en tela de juicio el significado mismo del término «fundamental», referido a los derechos. Si, como he propuesto hasta aquí, los derechos fundamentales son metanormas sustanciales (reglas de reconocimiento), entonces su *status* «fundamental» es una cuestión de mérito, que incide en el mérito (de las actividades de los poderes). En realidad, esas metanormas contienen las opciones éticas, políticas y económicas de una sociedad organizada jurídicamente; no cualquier opción es fundamental, sino sólo la que se postule en el plano jurídico como criterio de validez de otras decisiones jurídicamente vinculantes. Por lo general, esto tiene lugar mediante su in-

[86] Cfr. también *supra*, el epígrafe V, nota 39, y el texto correspondiente.

[87] Al mismo tiempo cabe reconocer que difícilmente puede alguno de los derechos humanos fundamentales ser reconducido a uno de los llamados elementos simples hohfeldianos, pues un derecho subjetivo podría contenerlos tendencialmente todos, tanto derechos, potestades, privilegios, inmunidades –y ello, desde luego, sin excluir en su caso las correspondientes posiciones «opuestas» o «correlativas» (Cfr. W. Hohfeld,, *Concetti giuridici fondamentali*, trad. de M. G. Losano, Turín 1969, de *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning and Other Legal Essays,* New Haven,1923). Es de destacar lo que escriben al respecto J. Waldron en la «Introduction» a Id. (ed.), *Theories of Rights,* Oxford 19957 p. 10, así como, de nuevo, Sunstein y Holmes, *op. cit*., p. 239, nota 4, quienes consideran insatisfactoria la cuatripartición hohfeldiana puesto que las potestades, las inmunidades e incluso los permisos contienen todos ellos implícitamente pretensiones «a las prestaciones estatales y a los recursos públicos».

corporación a los textos constitucionales, pero no se excluye que fuentes de grado inferior asuman también un reconocido carácter de principio o de guía, merced a su posible vinculación a disposiciones constitucionales. En consecuencia, mi definición de «fundamental» se refiere a la capacidad que las normas poseen –siempre y cuando esto tenga lugar– para funcionar como metanormas, en el sentido de que mantienen en pie el entero ordenamiento. Ciertamente, en un ordenamiento jurídico son esenciales también todas las metanormas de producción, que regulan el conjunto de las fuentes y de las formas autorizadas de producción de normas, pero cuando las normas que prevén derechos son usadas como *metanormas*, entonces se trata de metanormas «sustanciales», y el precepto que establece derechos de este rango, se convierte en sí en una disposición «fundamental». Por el contrario, me parece inevitable que *no* pueda reconocerse *fundamentalidad* a un derecho subjetivo que *no* sea usado como criterio de legitimidad (validez) de otras normas; y no sólo como criterio de legitimidad de otros comportamientos privados, sino *también* del ejercicio del poder legislativo (o de otros poderes que dispongan de capacidad normativa análoga o delegada).

Propongo, pues, hablar de «fundamental» bajo esta acepción, que llamaré «funcional», porque me parece suficientemente compatible con un positivismo crítico, y adecuadamente realista. Por lo que se refiere al realismo, hay que reconocer la vigencia de la tendencia, recientemente subrayada [88], a dejar de traducir «el contenido de los derechos humanos de la 'soft law' de los debates y de las convenciones internacionales a la 'hard law' de la legislación estatal positiva como derecho vigente y directamente vinculante» [89]. A menudo, esto supone confiar los derechos a la «buena voluntad» de los legisladores, incluso cuando en los textos constitucionales se incorporan enumeraciones analíticas de los derechos, en especial de los sociales. Frente a este estado de cosas, se ha sostenido que la transformación de esos objetivos de principio en compromisos operativos sólo puede tener lugar como resultado «político (y por tanto legislativo)» de los «derechos humanos» [90].

Si se contempla este planteamiento con cierto desapasionamiento, se constata que el problema *político* de la realización de los «derechos humanos» (o de los derechos fundamentales), lo es efectivamente porque, al parecer, *no hay vinculación jurídica* [91]. Pero subyace *en este modo de* plantear

[88] E. Denninger, »State Tasks and Human Rights», cit., p. 8

[89] Ibid.

[90] Así concluye también Denninger, ibi, p. 9.

[91] A mi juicio, es precisamente esta circunstancia la que ha estimulado una propuesta, aludida reiteradamente aquí, como la ofrecida por Luigi Ferrajoli, pues su tesis pretende, en última instancia, *transformar en jurídicamente obligatoria, en nombre del principio de plenitud del ordenamiento, la construcción de las garantías de los derechos, situando su ausencia en el plano de una laguna indebida.* Pero ya me he ocupado con anterioridad de esta cuestión.

la cuestión una ambigüedad de fondo de la que es necesario librarse, pues, si los derechos humanos existen, incluso en la *norma* (constitucional, en todo caso) y son fundamentales, ¿en qué sentido *no son* jurídicamente obligatorios? Esto puede suceder, ciertamente, con diversas normas jurídicas como, por ejemplo, las que prescriben obligaciones «imposibles», y en casos en modo alguno excepcionales en nuestros ordenamientos. Pero ¿cómo puede suceder en relación con normas calificadas de «fundamentales»?[92] Si esos derechos no son jurídicamente vinculantes, ¿bajo qué acepción de la expresión siguen siendo derechos (humanos) fundamentales? ¿acaso en sentido iusnaturalista? A estas preguntas cruciales se suman necesariamente otras como, por ejemplo, ¿puede afirmarse su *existencia* en el ordenamiento, cuando no son capaces de operar *jurídicamente?* Finalmente y cerrando el círculo de la ambigüedad: si no son jurídicamente vinculantes, ¿por qué deberían ser *políticamente* vinculantes?

Resulta harto difícil derivar de la ausencia de un vínculo jurídico, la subsistencia de una obligación política, como suele hacerse algo elípticamente: por lo general, de la abstracción de los compromisos u objetivos asumidos en los documentos jurídicos en relación con los derechos humanos, se deriva la idea de que éstos, carentes de fuerza jurídicamente obligatoria, conservan empero un evidente carácter políticamente vinculante, que proviene de su transcripción a dichos documentos. En términos descriptivos, esta conclusión –verdadera en algunos casos– es arbitraria, pues si de un documento jurídico prescriptivo no nace (por alguna razón) un vínculo jurídico, puede no surgir tampoco en absoluto un vínculo político y en cualquier caso tales vínculos parecen mutuamente independientes y no intercambiables funcionalmente.

Mi convicción –por el contrario– es que se puede y debe tomar en serio los derechos fundamentales, asumiendo que *son* jurídicamente vinculantes, en lugar de determinar su total remisión (realista) a su *disponibilidad* en la esfera política; y debe evitarse esta remisión, porque ya existe una decisión (política) que ha plasmado positivamente aquellos derechos en el ámbito internacional o en el estatal o en ambos. Respetar *esa* voluntad significa en todo caso atribuir a los derechos fundamentales un significado jurídico y, de acuerdo con mi argumentación, *el modo en que* opera el vínculo jurídico estatuido por esas decisiones que confieren valor a los derechos fundamentales, coincide con su «funcionamiento» como reglas de reconocimiento. En

[92] Rechazo distinguir, en este contexto, entre normas fundamentales y derechos fundamentales, puesto que, en mi opinión, no es aceptable que un grado de «fundamentalidad» sea adscribible *jurídicamente* a un cierto conjunto de derechos, y que esto no ocurra a través de normas también «fundamentales».

cuanto *tales,* representan un vínculo activo. Dicho esto, no obstante, hay que poner en tela de juicio que, a diferencia de otras normas, las metanormas que he llamado (de acuerdo con una acepción extensiva de la célebre expresión que se remonta a Herbert Hart) reglas de reconocimiento puedan tener un efecto jurídico y en todo caso sean válidas sólo si son *usadas* como tales, pues ésta es una circunstancia de hecho, incontrolable jurídicamente, porque *no depende* de una obligación jurídica ulterior o jerárquicamente superior. Todo lo que en el plano jurídico sea «fundamental» no puede ser justificado por el propio Derecho; pues si lo justificara no podría fundarse en el Derecho, dado que el Derecho gira en torno suyo**.** Aquí, en su caso, surge la cuestión política, pero a ésta no se le puede dar una respuesta *de nuevo jurídica:* los derechos que no son *sentidos* como fundamentales, *no serán usados* como normas de reconocimento por los «funcionarios» (por los jueces y los legisladores) y tampoco por los ciudadanos, que se refieren a un ordenamiento dado [93].

A la luz de estas consideraciones, cabe además contraponer una definición «funcional» a la «extensional», de acuerdo con la cual, como sabemos, un derecho es fundamental ante todo si es posible referirlo a «todos» (los ciudadanos, los trabajadores, los hombres, o los miembros de otras «clases» consideradas en los ordenamientos): ninguna de estas dos acepciones insisten en el mérito intrínseco de tipo axiológico de lo calificado como fundamental. En cierto sentido, ambas comparten la aspiración de no prejuzgar irreversiblemente el contenido de los derechos a través de opciones concretas. En la definición «extensional», que quiere ser (y es) «teórica» y no dogmática (en cuanto prescinde de las normas de un ordenamiento jurídico positivo específico) son, por tanto, derechos fundamentales los que un ordenamiento adscribe a todos, a todos los que sean tomados en consideración como personas físicas, o bien como ciudadanos, o bien en cuanto capaces de obrar [94]. En consecuencia, fundamental significa que se extiende a todos aquellos (que bien podrían ser pocos) que se hallen incluidos en una cierta

[93] Se trata de un efecto decididamente perverso, fruto del rango al que esos derechos son elevados en su «juridificación». En realidad, se debe reconocer que el problema de la validez jurídica de un ordenamiento, o de una Constitución, no es tal, sino que se trata más bien de un problema sociológico, político.

[94] Naturalmente, la indicación de estas tres categorías o, mejor, clases, no es teórica sino empírica; es decir, se trata de las clases normalmente usadas en los Estados constitucionales contemporáneos de Occidente. La tesis teórica se concibe como adecuada a la situación de hecho vigente en los países occidentales. Dado que *de hecho* los países occidentales atribuyen los derechos fundamentales a todas las personas, una vez que la ciudadanía, último baluarte de la exclusión, fuera anulada, entonces los derechos fundamentales acabarían coincidiendo con los derechos de todos los hombres. En definitiva, el significado de la teoría se comprende si se aplica a la situación histórica presente y a los países occidentales.

clase (ya sea de las personas, de los ciudadanos, o de los capaces de obrar) y bien podría tratarse de un derecho «fútil». En cualquier caso, los derechos son aquí presentados como fundamentales no sólo si son universales, sino también en cuanto sean indisponibles, inalienables e irrenunciables. No se trata de todos los derechos subjetivos, dado que quedan excluidos por lo menos los patrimoniales (como he puesto de relieve en la discusión precedente), por cuanto son singulares y no universales, disponibles y exclusivos (no inclusivos).

Hay que reconocer que, bajo su acepción «extensional», «derecho fundamental» tiene el defecto de poder quedar reducida a una clase ínfima, incluso en términos numéricos, de titulares y por tanto parece francamente contraintuitivo que ese derecho pueda también así recibir el calificativo de fundamental. Además, el hecho de que en abstracto un derecho pueda tener un contenido decidamente fútil, dificulta el uso del término «fundamental», más que cualquier otro menos comprometedor.

Ciertamente, si un sistema girase en torno a ese contenido normativo «fútil», éste se tornaría «fundamental» y la noción de futilidad sería utilizada de forma inadecuada. El fundamento del sistema moral o jurídico que fuera, podría parecer fútil sólo desde el interior del punto de vista de *otro* sistema moral, que estime como marginal lo que otro tiene por fundamental. Pero la definición extensional prescinde del hecho de que el derecho sea «fundamental» por alguna otra razón sustancial (diversa de la imputación a una clase) y en rigor no implica tampoco que asuma algún papel en la dinámica del sistema jurídico.

Si, por el contrario, adoptamos en el ámbito jurídico el término «fundamental» en sentido *funcional,* como propongo aquí, es posible evitar esta serie de perplejidades, ya que no podría tildarse de fútil el contenido de una norma que estableciera derechos y fuera *usada* como regla de reconocimiento (o sea, como criterio de evaluación para la validez de otras normas) en un ordenamiento dado; si fuese «fútil» dentro de ese ordenamiento, no sería usada como metanorma sustancial, y por tanto no sería fundamental. *Tampoco* sería (necesariamente) fundamental un derecho que correspondiese «estructuralmente» a *todos* los incluidos en una cierta clase (o sea, también cuando según la definición extensional de fundamental, fuera imputable sólo a través de un cuantificador universal del tipo «todos los ciudadanos»).

La definición «extensional» abona el encomiable propósito de hacer posible la universalización de los derechos humanos fundamentales, derechos de libertad y derechos sociales (su extensión a todos los hombres). Se trata de una aspiración que parte del presupuesto de que los acreedores de tutela son los hombres (con independencia de subclases)[95] y del hecho de que en

[95] La escala de mérito y por tanto de la extensión de la clase es un dato, en cualquier caso fruto de una decisión. Que sean merecedores de tutela los seres humanos, y no una serie de su-

el actual estado de cosas las clases de exclusión/inclusión, aún por superar por parte de los países occidentales, ya solamente son las de ciudadanía, y las relativas a unas pocas prerrogativas residuales. Naturalmente, la teoría que define fundamental como universal en el sentido señalado, no puede *obligar* en el plano jurídico a la extensión (de la imputación subjetiva de los derechos) a *todos en cuanto hombres*. De hecho, tampoco en este caso surge una laguna, ni existe principio de completitud (del ordenamiento) al que apelar para evitar que algunos derechos sean extendidos sólo a ciertas clases de sujetos, o solamente sobre la base de una definición de «hombre» que excluya otras etnias, u otras religiones, o más sencillamente los ciudadanos de otro Estado. La decisión de expandir al máximo la clase de los elegidos (o sea de renunciar al poder mismo de selección) es un *hecho* a cuya verificación la teoría no puede contribuir por sí misma, pues ésta no puede estatuir la *obligación* jurídica de tomar esa decisión. Esta imposibilidad de convertir en jurídicamente obligatorio algo que no ha sido decidido como tal en un determinado ordenamiento, resulta insuperable. Y lo es incluso acudiendo a la definición «funcional» de fundamental, pero ésta pone de inmediato a las claras que la teoría no puede conseguir la cuadratura del círculo. El Derecho no puede subrepticiameente arrogarse tareas políticas y, una vez considerada la cuestión en su totalidad, quizá tampoco debiera.

X. Los derechos: más allá de Dworkin y de la democracia «sustancial»

1. Cimentar la construcción de un ordenamiento sobre derechos fundamentales (poniendo de manifiesto que de su contenido esencial derivan o deben derivarse [96] normas del legislador que contemplen garantías [97]), equivale a sostener que el núcleo de cada ordenamiento jurídico reside esencialmente en la tutela de los derechos individuales. Esto invierte la perspectiva que había adoptado el positivismo jurídico clásico desde Austin hasta Kelsen; bajo esta perspectiva, el derecho regula (primaria o secundariamente) el ejercicio de la fuerza; consiste, pues, en un conjunto de imperativos asistidos por una sanción (o que imponen una sanción), y provienen (Austin) de quien sea titular de la soberanía sobre un territorio determinado. A la afirmación del Estado de Derecho (liberal) en Europa se unió la concepción del derecho como regulación (de la fuerza), limitación y sepa-

jetos diversos representa en sí un problema. Como es sabido, se puede pasar de concepciones que asignan los derechos a los agentes morales hasta las que plantean el problema de otros seres o de los seres humanos privados de facultades actuales y así sucesivamente (cfr. por ejemplo, A. Gewirth, *Human Rights. Essay on Justifications and Applications*, Chicago, 1982; T. Regan (edit.), *Matters of Life and Death*, Nueva York, 1980).

[96] De acuerdo con el funcionamiento de un sistema que Kelsen calificaría como estático.

[97] Esta vez según las reglas de funcionamiento de las normas de un sistema dinámico.

ración del poder. La teoría subrayaba el aspecto sancionador, que resulta central para gran parte del positivismo jurídico contemporáneo.

Hoy en día se acostumbra construir el Derecho, en el Estado (de Derecho) constitucional, en torno a la prioridad de los «derechos» de los hombres. Se trata, por tanto, de un ordenamiento de los derechos y no de un ordenamiento de las sanciones, de las obligaciones. El Derecho aparece así como un sistema de irradiaciones de los derechos individuales y sólo como consecuencia de éstas como un sistema de reducción y regulación de los poderes públicos. Esta transformación conceptual se corresponde además con cierta visión «recibida» del *constitucionalismo* liberal. Quien aboga por una extensión universal, cosmopolita, de nuestra civilización jurídica, construyendo el sistema sobre los derechos y no a partir de las sanciones, puede también desprenderse del lastre de la soberanía, puesto que, técnicamente, el soberano territorial es un elemento esencial para el Derecho, pero sólo si permanecemos dentro de los confines de la teoría austiniana, es decir, sólo si por norma jurídica seguimos entendiendo esencialmente una «orden respaldada por amenazas». El Derecho, que giraba en torno a la sanción y las obligaciones, tiene ahora su base, su esencia, en los derechos subjetivos. Si la norma, concebida como amenaza de una sanción, debía descansar antaño sobre la posesión de la fuerza (en manos del legítimo soberano de un territorio determinado), la norma entendida como adscripción de derechos subjetivos parece hoy querer apoyarse sobre una especie de autosuficiencia del propio Derecho [98].

Por lo general, los derechos fundamentales funcionan en dos direcciones: por un lado, proporcionan validez a las normas individuales; por otro, se erigen (de manera algo chocante) en fundamento del orden jurídico en el que están comprendidos; en otras palabras, se erigen en criterio de validez del entero ordenamiento jurídico que los contempla [99]. Estos derechos parecen disponer del carácter autoevidente y autofundante necesario para mantenerse independientes ya sea del insidioso apoyo del poder, ya de la legitimación a través del consenso. El hecho de que sean positivizados en Cartas internacionales y en los textos constitucionales parece exonerarnos de la búsqueda del consenso incluso allí donde no se observen. Estos derechos *deben* realizarse, pero no está claro si sobre la base de Cartas internacionales no suscritas (por el «soberano», cuyos «incumplimientos» son objeto de

[98] Representa una manifestación objetiva de esta tendencia la idea de que la ausencia de medidas materiales de protección del derecho significa una carencia *en* el Derecho (lagunas), más que una carencia en su *realización*.

[99] Obviamente, Kelsen no compartiría este uso libre de las nociones de *fundante* y de *fundado.*

reprobación) o sobre la base de la autoevidencia de su verdad, que obviamente prescinde del Derecho positivo propio de esta o aquella comunidad.

Hasta aquí me he propuesto evitar estas ambigüedades, reconstruyendo los derechos subjetivos de mayor importancia en un ordenamiento como normas fundamentales, cuya funcionalidad jurídica depende inequívocamente de su reconocimiento. Queda ahora por ver qué nexo liga efectivamente las diversas concepciones de los derechos con la democracia.

2. En ocasiones, quienes pretenden subrayar la centralidad de la idea de los derechos fundamentales, tienden a invocar su apología más notoria durante las últimas décadas. Me refiero a la de Ronald Dworkin. Sin embargo, su invocación puede ser malentendida y resulta en todo caso equívoca. Si es cierto que se trata de tomar los *derechos en serio* [100], el modo en que Dworkin lo hace consiste en la separación de las pretensiones fundadas sobre la lógica individual, de las libertades y pretensiones fundadas sobre la lógica «política» de las prestaciones sociales. Es cierto que considera los derechos como contrapuntos al poder de la mayoría, pero también que los conceptualiza además como límites a las *políticas públicas (en cuanto políticas sociales), y propiamente en razón de esta condición;* y une a ello ciertamente la lógica de la igualdad, pero *no en el sentido de la igualdad sustancial (welfarist, goal-based).* Y en fin, los derechos valen como razones suficientes capaces de superar cualquier otra consideración de valor, cualquier límite, cualquier egoísmo público (*rights as trumps* es la expresión usada por Dworkin); pero la fuerza «jurídica» de los derechos subjetivos consiste propiamente, para Dworkin, en la capacidad del orden constitucional para materializarse *contra* las razones de «policy» de las mayorías legislativas (y del *Government*).

Los teóricos de los derechos formados en la cultura europea de izquierdas, en la italiana en particular, que están dotados de una aguda sensibilidad «social», podrían compartir esos objetivos sólo a grandes rasgos y no concebirían una cosa como una alternativa de la otra (o separada de la otra). Sin embargo, los derechos representan en Dworkin un modo de apoyar las razones en favor de la autonomía individual *contra* las que apoyan la autonomía pública; una cautela frente al germen igualitario de las posibilidades que se abrirían gracias a las decisiones legislativas; estas últimas están dirigidas a «todos» de acuerdo con una lógica universalizante de la redistribución de los recursos, de las prestaciones estatales, de la regulación pública de la vida privada. *Contra* todo esto se declara Dworkin, al tiempo que rechaza el paternalismo que las decisiones colectivas *como tales* comportan,

[100] Se trata de lo que sostiene Luigi Ferrajoli, «Diritti fondamentali», cit., p. 29, en sintonía con Dworkin y remitiéndose al autor norteamericano.

dado que éstas reducen los espacios de libertad de los individuos al objeto de defender *sus intereses reales,* expresando en todo caso inaceptables preferencias «externas», o sea lo que los *demás* deberían hacer o tener [101].

Así las cosas, quienquiera que desee incorporar los *derechos sociales* a los derechos fundamentales debería desconfiar. Además, Dworkin invoca la tradición estadounidense, donde la idea misma de los *derechos morales* de los individuos vale jurídicamente en la medida en que se concibe como parte integrante de la cultura constitucional americana, y ésta, a diferencia de la europea, no está inspirada por los derechos del *welfare,* o sea por los derechos de la «segunda generación» que llamamos derechos sociales.

No todas las defensas de los derechos son, pues, idénticas. En un marco «dworkiniano» los derechos son defendidos en sí mismos (o sea, de acuerdo con argumentos no-consecuencialistas); son pretensiones imperativas, que imponen las medidas (públicas o privadas) necesarias para su satisfacción, prescindiendo de cálculos en torno a sus consecuencias o a las limitaciones de los recursos. Pero entonces los derechos sociales y la consiguiente red de intervenciones públicas que debería acompañarlos se vuelven problemáticos. La actitud anticonsecuencialista de Dworkin hacia los derechos, y su renuncia a una igualdad (material) fundada sobre la redistribución pública van unidas; pero a menudo son separadas por sus intérpretes europeos. El jurista europeo quiere en su caso ambas cosas, *rights as trumps* y *derechos redistributivos,* dando lugar así a una óptica del todo diferente de la dworkiniana. A Dworkin le interesa la autonomía de los individuos, soporte de su idea de igualdad como *equal concern and respect*; y contempla cualquier otra concepción de la igualdad como una fuente de cargas sobre los individuos, a través de políticas redistributivas y parternalistas, por cierto fuertemente implicadas en el proyecto de extender universalmente los derechos sociales.

Para finalizar, hay que añadir que si los derechos fundamentales fueran entendidos como un presupuesto de la democracia, su condición de soporte del ideal democrático contrastaría con los presupuestos de toda teoría que (como la de Dworkin) justifica los derechos en términos *right-based,* o sea, sobre la base del valor último de los derechos mismos (y no de otra cosa) [102].

---

[101] Cfr. R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, 1978, pp. 232 ss., pp. 270 ss, pp. 355 ss.

[102] En realidad, la prioridad de los derechos plantea muchos más problemas de los que contribuye a resolver, porque la transformación misma de los intereses en «derechos» subjetivos requiere un criterio compartido y porque la atribución misma de un derecho subjetivo selecciona y prima unos intereses antes que otros; la legislación social introduce elementos y lógicas «distributivas»; en tanto que los derechos subjetivos tienden a ser garantizados sin condicionamientos, o sea, sin responsabilidades específicas o conexas en relación con la sociedad

Estas últimas consideraciones nos conducen a un aspecto ulterior nada baladí de los derechos fundamentales y que atañe propiamente al vínculo entre éstos y la democracia.

3. Como se ha puesto de relieve, quien insiste en el carácter universal de los derechos fundamentales establece abiertamente un vínculo entre universalidad, derechos fundamentales y democracia, de acuerdo con el cual la igualdad, como igualdad en los derechos, y la extensión de un cierto número de derechos (civiles, políticos y, sobre todo, sociales) a todos (posiblemente a todos los hombres y no sólo a todos los ciudadanos) representan la base para la afirmación y consolidación de una democracia «sustancial» [103]. Por lo tanto, bajo esta óptica, preguntarse qué derechos son fundamentales comporta preguntarse qué es fundamental *para una democracia*. Sin embargo, este planteamiento terminaría provocando confusión [104].

La determinación de los derechos fundamentales no depende del ejercicio del poder, ni considera los presupuestos de un sistema político democrático, sino que se plantea con independencia de la profesión de fe en una concepción de la democracia; se plantea en relación con el dominio más «neutro» de un ordenamiento jurídico, esto es, se atiene a lo que pueda valer como jurídicamente fundamental entre los derechos establecidos por un ordenamiento. Por tanto, lo que es fundamental entre los derechos subjetivos, debe serlo por razones que no puedan extraerse meramente de nuestra confianza en una teoría de la democracia, sino por razones propias del Derecho y no del sistema político [105].

Este esquema contrasta con la aspiración de varias teorías de los derechos fundamentales a convertirse precisamente en el sólido punto de anclaje de la democracia «sustancial»; en este sentido, los derechos son contemplados como un modo de preservar definitivamente algunas cuestiones «fundamentales» de la política ordinaria y del mercado económico. De este modo, los derechos consignados en las Constituciones vigentes pertenecen a lo inalterable incluso para la soberanía popular, forman parte de la «esfera de lo indecidible» (incorporando consigo la «democracia sustan-

---

en general (sobre esto, cfr. Preuss, «The Concept of Rights», cit., en especial, pp. 158 ss). La doctrina y el análisis sociológico tienen bien presentes los efectos inflacionarios, paralizantes y conflictuales de la contraposición de pretensiones fundadas todas por igual (cfr., entre otros, V. Ferrari, *Giustizia e diritti umani*, Milán, 1995).

[103] Concepciones de este género, no compartidas aquí, son más bien habituales. Por ejemplo, G. Gozzi, *op.cit*.

[104] Cfr. a este respecto las observaciones contenidas supra § I.

[105] Esto no significa que un sistema político y en particular la forma democrática carezca a su vez de razones sustantivas y se agote en procedimientos privados de objetivos, de valores propios (cfr. por ejemplo, R. Dahl, *La democrazia e i suoi critici*, trad. Scriptorium snc., Roma, 1990, para la democracia como persecución del bien común).

cial» [106] asociada a los contenidos deliberativos fundamentales) frente a las normas jurídicas que disciplinan las reglas del juego, esto es, los procedimientos decisionales, que sirven por el contrario para asegurar la «democracia formal», que contempla el quién (pueblo soberano) y el cómo (regla de la mayoría) de la decisión, pero sin llegar a vincular en sus contenidos. El uso de una definición de los derechos fundamentales (extensional, formal) a partir de la propiedad de la universalidad, pretende destacarlos por contraste frente a la derogabilidad de los derechos por ley ordinaria, en el sentido de que los que correspondan *a todos* no pueden ser disponibles por unos pocos o por los más y entonces tampoco pueden serlo por una simple mayoría (legislativa) [107].

Evidentemente, la especificación por parte de las Constituciones de algunos derechos como fundamentales es una cuestión puramente *empírica,* como lo es que entre ellos figuren precisamente los derechos civiles, los derechos politicos y, en ocasiones, aunque no siempre, los derechos sociales. No se trata, por tanto, de una consecuencia *de la teoría o de la definición formal de los derechos fundamentales* (de acuerdo con la cual, deben imputarse a todos los miembros de una cierta clase). Dado que se trata de una cuestión de hecho, es una suerte para la teoría que la soberanía se limite (y que la democracia «sustancial» se constituya) sobre la base de derechos fundamentales que tienen el contenido que tienen, pues en virtud de este argumento, podríamos tener de hecho «democracias sustanciales» algo «fútiles», que impidieran decisiones mayoritarias sobre el saludo por la calle, pero que entregaran la cuestión de la vida o de la libertad de culto a la «esfera de lo decidible». El significado «sustancial» de «sustancial» se hallaría en consecuencia abandonado al casuismo, lo que incluye ese caso particular que es la diversidad de las tradiciones históricas, y paralelamente quedaría abandonado al caso el significado sustancial de «fundamental». Muchos juristas europeos de inspiración democrática comparten la convicción de fondo, fuerte y difundida, de que el constitucionalismo consiste en la producción de una democracia sustancial, a través de la limitación al poder de las mayorías (o sea de la soberanía) [108].

---

[106] Cfr. Ferrajoli, «Diritti fondamentali», cit., pp. 15-6.

[107] Naturalmente, de nuevo se trata de una cuestión de hecho determinar *a quién* se extiende la clase de los titulares de un derecho determinado; de este modo podría sustraerse a la decisión de la mayoría (de quienes tienen derecho a voto) un derecho que no pertenece enteramente a todos, sino a pocos (todos los fumadores, todos los propietarios de automóviles) o que no afecta tampoco a todos los que tienen el derecho de voto (en este caso, tendría probablemente mayor eficacia el ya señalado argumento dworkiniano de la incorrección de las llamadas preferencias externas).

[108] Ibi, p. 17. Las teorías formales y no normativas de los derechos fundamentales que en consecuencia no asumen la responsabilidad ético-política de la propia determinación de valor,

Sin embargo, así las cosas, no es fácil ver *en qué consiste una democracia sustancial, salvo en la limitación del poder de las mayorías.* El aspecto visible es sólo esta sustracción de *potestas decidendi* de la soberanía popular, y no me parece suficiente ni para establecer una vertiente «sustancial» de la democracia, ni *tout court* una democracia sustancial. Sería un error dejarse confundir por la impresión superficial de que una teoría de los derechos fundamentales *no sustancial* (o sea, que no funda ni prescribe como fundamentales unos derechos más que otros), haya logrado o pueda llegar a «producir» una democracia sustancial.

A mi juicio, las aporías derivan en su mayor parte de haber desplazado a un segundo plano de manera en exceso apresurada el hecho de que *la sustancia de la democracia es sólo el principio de autolegislación, y no la Constitución, ni la idea misma de los derechos individuales.* Desde el punto de vista de la democracia, de su realización y desarrollo, el único interés sustancial concierne al respeto de la autonomía deliberativa, residiendo el principio democrático en el ideal regulativo de la autolegislación y el objetivo de un régimen democrático en la creación de un sistema de condiciones adecuado a dicho principio. Sobre estas (por cierto, poco controvertidas) bases, la forma es sustancia, y *las normas que tienen por contenido la garantía de los procesos deliberativos, o que se pueden resolver en una garantía para el carácter democrático de los procesos deliberativos, de hecho sustentan desde el punto de vista jurídico la arquitectura democrática de la forma política existente.*

Además, no existe coextensividad entre la llamada democracia formal, que se identificaría por normas relativas a los procedimientos para las decisiones públicas, y la pura y simple regla de la mayoría, más bien puro y simple mayoritarismo. Que las «formas» de la democracia, sus procedimientos, consistan en la simple garantía de la cruda alternancia de la fuerza de los más, es escasamente sutil y no refleja la complejidad de las cosas, pues los procedimientos democráticos encierran una serie de garantías para los individuos, las minorías y las mayorías, que conciernen aspectos múltiples, que van desde la tutela de la libertad de expresión hasta la del pluralismo y la democracia deliberativa. Pero incluso queriendo reducir este concepto «formal» de democracia al mayoritarismo, cosa bien distinta es evitar santificar, de manera crucial, la regla de la mayoría; cosa distinta es situar los derechos fuera del alcance de toda decisión, como sucedería si se concibiera la esfera de los «derechos» como «indecidible» *en absoluto*. Ésta es una preten-

y no contienen una explícita opción «material» sobre el elenco de los derechos fundamentales, no pueden aspirar a proporcionar los presupuestos de una específica teoría de la justicia o de la misma democracia «sustancial».

sión excesiva, que consagra una especie de omnipotencia normativa, que termina por erradicar el principio de autolegislación: o sea las formas de decisión, no pura y torvamente mayoritarias, que sobre las grandes cuestiones fundamentales corresponden a toda democracia deliberativa, que cultive a un tiempo el respeto por sí misma y por la propia cultura jurídica [109].

En definitiva, *el modo en que funciona un Estado de Derecho se sustituye por la sustancia del sistema democrático*, cuando se sostiene que las metanormas (los principios y valores constitucionales, por encima de todo) que limitan el contenido legítimo de la deliberación pública (parlamentaria), las normas constitucionales que funcionan como principios informativos (y obligatorios) de la legislación, son aquello que conferiría a la democracia constitucional su dimensión «sustancial». *No* me parece que la democracia sea en sí un régimen político jurídicamente caracterizado por el sometimiento del poder a reglas jurídicas (con independencia de su vinculación intrínseca al quién, al *quomodo,* o al mérito de la decisión). Además *no* me parece que la democracia sustancial se consiga porque normas constitucionales disciplinen el área de lo indecidible (esto es, quede sustraída al poder político y por tanto a la democracia, y finalmente, *de facto,* a las mayorías politicas).

Al mismo tiempo, esto parece introducir una *contradictio in adiecto,* pues no me parece posible sostener que si algo es intangible para la democracia política (y resulta vinculante hasta el punto de convertirse en indecidible), esta circunstancia «incrementará» la dosis «sustancial» de democracia. Cualquier cosa que quede definitivamente fuera del alcance de la autonomía pública y por tanto de la autolegislación (con la sola excepción, obviamente, de cuanto sirva para posibilitar la autolegislación misma) no produce un incremento ni una versión sustancial del principio de autolegislación.

Por el contrario, si *desde el punto de vista de nuestro ordenamiento democrático* (o sea, prescindiendo de cualquier otra razón posible), aceptamos la idea de que las *Constituciones (los derechos fundamentales)* vinculan la deliberación, la justificación radicaría en la atribución a las Constituciones del valor de una expresión más fuerte, más consciente, más compartida, más razonable y también menos voluble del principio deliberativo democrático, una valoración asumida incluso en condiciones extremas, por encima de los

[109] Es una tesis pacífica, sobre la que es innecesario insistir, que una democracia no se agota en el ejercicio del poder de decisión por parte de las mayorías, y que consiste ante todo en las vías transitables para la formación de las mayorías, para la confrontación de intereses en conflicto, para la protección de la comunicación pública, para la tutela de la libertad y de la corrección de la información.

vaivenes de las contingencias y de las mayorías [110]. Este elemento político-democrático *genético* de las Constituciones constituye el modo (junto a las reglas organizativas sobre el quién y el cómo de las decisiones) en que las Constituciones contribuyen a la vertiente «sustancial» de las democracias, o sea contribuyen a hacer posible y concreta la realización del principio de autolegislación. Bajo este aspecto, la legitimación que la Constitución posee, se hace depender de su fuerza democrática y no desde luego de su fuerza «jurídica», pues para la *sustancia* de la democracia, las Constituciones tienen valor, esto es, cuentan, desde el punto de vista político, y no desde el punto de vista jurídico. Así pues, dado que son explicables como el más elevado producto de la democracia, las Constituciones adquieren su fuerza de un documento *jurídico* (como con todo mérito han llegado a serlo desde *Marbury v. Madison* a Kelsen y nuestros días) y las normas fundamentales que ellas contienen son usadas como «reglas de reconocimiento». El punto de vista *jurídico* es el que les permite aparecer como una limitación al contenido de la deliberación pública (la cual en cambio indica una «democracia sustancial»). El punto de vista *político* explica cómo esa democracia lo es por virtud del presupuesto contrario, es decir, gracias al hecho de que las normas fundamentales son entendidas como imputables al «pueblo soberano»; naturalmente, todo ello a través de decisiones fundacionales y procesos deliberativos largos y complejos, cuando no a través de la maduración de importantes experiencias históricas.

Por todo esto, los derechos fundamentales reciben apoyo en el plano político, es decir, por parte de la democracia, y no es sencillo compartir una construcción teórica en la que los derechos fundamentales sean un dato plenamente independiente del reconocimiento democrático. Por lo demás, sostener que los derechos fundamentales aún no ejercitables o protegidos representan una laguna jurídica, que reglas técnico-jurídicas, lógicas internas al derecho, «obligan» a colmar, es un modo noble de «inventar» reglas de reconocimiento allí donde aún *no las hay*, o de señalar su eficacia entre las que materialmente, sustancialmente, no *funcionan* como tales y de replicar con la circularidad del ordenamiento al hecho inevitable de que las normas son normas fundamentales, y nacen como reglas de reconocimiento, sólo cuando son «usadas» como tales.

En cuanto documento jurídico, la Constitución estatuye, en fin, un tipo particular de Estado de Derecho, el constitucional, que introduce garantías y/o valores antaño ausentes del Estado de Derecho afecto al iuspublicismo alemán de la segunda mitad del siglo XIX y al italiano de la primera parte

[110] Me he ocupado de este tema en mi libro libro *Costituzione e sovranità. Il senso della democrazia costituzionale,* Bari, 1997.

del XX. Pero el advenimiento de un Estado de Derecho constitucional no coincide «estructuralmente» con el surgimiento de una democracia (o con el surgimiento de una democracia «sustancial»). Si es cierto que a la pregunta sobre cuáles son los bienes fundamentales se puede responder sólo *a posteriori*[111], entonces no existe relación necesaria (salvo la empírica) entre la afirmación de un Estado de derecho constitucional y el paso a una democracia «sustancial», porque no existe garantía alguna de que el área de los derechos fundamentales comprenda también aquellos que constituyen el soporte esencial del proceso democrático.

En definitiva, los Estados constitucionales de Derecho representan un paso adelante para la democracia, porque refuerzan jurídicamente las condiciones para la vida democrática; estas condiciones, también procedimentales, pueden situarse más allá de la disponibilidad de las mayorías contingentes, porque, simplemente, tutelan las mayorías, las minorías o el pueblo soberano, de modo que es la democracia misma, la que deviene indecidible; pero la sustracción de algunos contenidos a la deliberación ordinaria no es un paso hacia la democracia sustancial, sino simplemente una fusión, para decirlo con la teoría general kelseniana, entre sistema estático y sistema dinámico o, más simplemente, entre moral y derecho. En consecuencia, el cambio que se verifica es un cambio en el Estado de Derecho y no un tránsito de una democracia a otra.

(Trad. de Alfonso García Figueroa)

[111] Ferrajoli, «Diritti fondamentali», cit., p. 14

Ángel Puyol González

«ÉTICA, DERECHOS Y RACIONAMIENTO SANITARIO»

DOXA 22 (1999)

ÉTICA, DERECHOS Y RACIONAMIENTO SANITARIO [1]

Ángel Puyol González
Universidad Autónoma de Barcelona

Introducción

En 1995, el caso de una niña de diez años con leucemia se convirtió en el detonante del debate social sobre el racionamiento en Gran Bretaña. Después de varias acciones legales llevadas a cabo por su padre, la Corte Suprema de Apelación sentenció que la Autoridad Sanitaria de Cambridge había actuado justa y justificadamente al impedir un último tratamiento médico que hubiese costado 75.000 libras al erario público. De esta manera, daba marcha atrás en una primera sentencia de la Corte Suprema. El argumento de mayor peso esgrimido en la nueva sentencia fue que las decisiones sobre racionamiento de los recursos sanitarios no deben ser juzgadas por la Corte Suprema, con lo cual se legitimaba la decisión de las autoridades sanitarias. Por su lado, éstas justificaban su actuación bajo el argumento de que una nueva intervención médica en la niña tenía una posibilidad de éxito de sólo el 10 por ciento y un coste económico demasiado elevado. Poca efectividad del tratamiento y alto coste son los ingredientes que suelen estar detrás de las decisiones racionadoras. Después de una colecta popular promovida por un diario que enseguida se situó en contra de la sentencia de la Corte Suprema, la niña viajó a Estados Unidos donde recibió un tratamiento adecuado a su dolencia. Sin embargo, murió pocos meses después.[2]

En mi opinión, lo que el caso de la niña inglesa (también conocido como el caso del niño B) pone sobre la mesa es el límite del derecho a la atención sanitaria. En este artículo, no voy a discutir directamente las sentencias referidas, ni las argumentaciones que las sustentan, sino que voy a analizar

[1] Este trabajo ha sido elaborado con ayuda de una beca Batista i Roca (1998), concedida por la Direcció General de Recerca de la Generalitat de Catalunya, que me permitió investigar en Gran Bretaña por un largo período de tiempo. Por otra parte, agradezco especialmente a Albert Calsamiglia y a Victoria Camps su interés por el contenido de este artículo y, cuando así ha sido, sus comentarios al respecto.

[2] Véase R. Klein et al., *Managing Scarcity*, Open University Press, Birmingham, 1998.

las razones morales y filosóficas que se invocan en las elecciones sobre racionamiento. Quiero examinar la validez de los principios que se utilizan para racionar y comprobar cómo esos principios afectan al derecho a la atención sanitaria.

La evolución científica y tecnológica permite hoy día hacer frente a una serie de enfermedades que hasta hace poco tenían un pronóstico fatal. Tanto la esperanza de vida como la calidad de vida de la población han aumentado considerablemente en los países occidentales gracias en parte al desarrollo de la medicina. Sin embargo, la mayor dependencia respecto de la tecnología médica, unida al progresivo envejecimiento de la población y a una multitud de factores que más adelante detallo, nos están conduciendo a una situación en que la demanda social de asistencia sanitaria está superando con creces a la oferta. El resultado es una creciente preocupación social[3] y la aparición de numerosos intentos de ofrecer alternativas al problema de la priorización o racionamiento de los servicios sanitarios entre la población. Y no es para menos. Racionar no significa escoger entre lo bueno y lo malo, sino, como mínimo, entre dos males. Si los recursos económicos son limitados, pero el conocimiento científico ha creado una tecnología excesivamente cara para poderla distribuir con igualdad entre todos los que la demandan, nos vemos obligados a decidir a quién debemos dejar morir cuando la vida y la muerte están en juego.

En este artículo, después de mostrar los orígenes del derecho a la atención sanitaria y las razones que justifican la necesidad de racionar, argumento contra los principios utilitaristas que con frecuencia son reivindicados por los racionadores para llevar a cabo políticas públicas. La principal objeción que dirijo a los criterios utilitaristas es su desinterés por preservar los principios que normalmente asociamos a los derechos individuales. El utilitarismo interpreta el derecho a la atención sanitaria como un derecho colectivo en el que algunos individuos deben sacrificar sus intereses por el bien de la comunidad. En mi opinión, el derecho a la salud debe entenderse también como un derecho individual. La salud es moralmente importante por cuanto afecta a individuos, no a colectividades. Desde el punto de vista de la justicia distributiva, la idea de salud individual debería tener más va-

[3] En nuestro país, esa precupación se encuentra en una fase incipiente. Recuérdese, por ejemplo, los recientes debates sociales en torno a la exclusión de algunos medicamentos del paquete de prestaciones públicas o los problemas ya endémicos que ocasionan las listas de espera. En otros paises, como los Estados Unidos –con el ejemplo de Oregon como gran pionero de una reflexión pública en torno al racionamiento sanitario–, la Gran Bretaña, Holanda, Finlandia, Suecia, Nueva Zelanda o Israel, el debate se ha abierto mucho más y han aparecido estudios, informes y la formación de una opinión pública que todavía desconocemos en nuestro país. Algunas referencias bibliográficas son:

lor que la suma agregada de salud entre la población u otras consideraciones maximizadoras de bienes específicos. En este sentido, se puede acusar al utilitarismo de generar discriminaciones que apartan al derecho de sus intenciones igualitaristas.

Posteriormente, examino los intentos de asociar la atención sanitaria a un derecho individual, a través de la teoría libertarianista y de la teoría de la justicia distributiva en Ronald Dworkin. Respecto a la primera, centro mis objeciones en la interpretación restrictiva que el libertarianismo hace del derecho individual a la asistencia sanitaria. Para el libertarianismo, la capacidad individual de pago se convierte en el criterio de acceso al sistema sanitario. Naturalmente, resuelve el problema del racionamiento, pero a cambio restringe el derecho a la atención sanitaria a quien pueda pagarla. A la propuesta de Dworkin le dedico mayor atención. Aun considerando que responde mejor que las anteriores al intento de combinar el derecho a la salud con la necesidad de racionar, argumento que su propuesta se centra excesivamente en la idea de responsabilidad individual hasta el punto de condicionar a ella el mismo derecho a la salud, lo que, en mi opinión, limita de forma importante el alcance de su teoría. A pesar de lo cual, concluyo que tanto las virtudes como los defectos de la teoría dworkiniana deberían señalar el camino de futuras investigaciones.

Razones para el racionamiento

El derecho a la atención sanitaria tiene una larga tradición dentro de los derechos sociales. Por un lado, la Declaración Universal de Derechos Humanos reconoce el derecho de las personas a un nivel adecuado de salud y asistencia médica (artículo 25). A su vez, la Declaración Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 confirma el derecho individual al nivel más elevado posible de salud física y mental y, entre sus recomendaciones, insta a los Estados a crear las condiciones que aseguren asistencia sanitaria a todas las personas que la necesiten (artículo 12). En esta misma línea, el Preámbulo a la constitución de la Organización Mundial de la Salud de 1946 declara textualmente que «el disfrute del nivel de salud más elevado posible es uno de los derechos fundamentales del ser humano, sin distinción de raza, religión, creencias políticas, condición social o económica». Por otro lado, la Constitución española recoge el derecho relacionado con la salud al incluir «el derecho a la protección de la salud» y ordenar «un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales ante situaciones de necesidad» (artículos 43ª y 41 respectivamente). Posteriormente, la Ley General de Sanidad de 1986 afirma que «la asistencia sanitaria pública se extenderá

a toda la población española. El acceso y las prestaciones sanitarias se realizaran en condiciones de igualdad efectiva.»

Aunque en ocasiones el discurso que asocia salud y derechos se simplifica en el enunciado «derecho a la salud», sin duda es mejor referirse al derecho a la atención sanitaria. La atención sanitaria consiste en ofrecer servicios destinados a prevenir, mantener o recuperar la salud. Si únicamente considerásemos el derecho a la salud, entonces deberíamos relacionarlo con una concepción unívoca de la salud, cosa que podría paralizar la realización efectiva del derecho, dada la prolongada y seguramente inacabable discusión en torno al significado de la salud. En cambio, el derecho a la atención sanitaria evita una definición previa de salud, lo que permite que ésta sea ajustada socialmente en cada momento dentro de una cultura específica. Además, el derecho a la salud acarrea un problema de interpretación del derecho. Por ejemplo, si la salud de una persona se deteriora sin que nadie intervenga en ello ni directa ni indirectamente, resulta difícil saber de qué manera se ha violado aquí el derecho a la salud.

Sin embargo, aunque el derecho a la atención sanitaria está ampliamente reconocido e institucionalizado en los paises más avanzados, eso solamene no garantizá su efectividad futura. A nadie se le escapa que actualmente el debate en torno al Estado del bienestar ha pasado a dominar la reflexión sobre las condiciones de la sociedad buena en los estados desarrollados. El origen de esa preocupación tiene que ver con la aparición de una paradoja. Por una parte, existe una demanda creciente de servicios y políticas que aumenten la calidad de vida de las personas, demanda que nace de la asunción por parte del Estado del deber de cubrir las necesidades sociales más diversas. Pero, por otra parte, los costes económicos para sufragar los gastos sociales reclamados se han incrementado todavía más. El resultado de esta desproporción entre demanda social y capacidad de oferta se ha traducido en la actualidad en una importante crisis financiera de los Estados que está impidiendo responder a todas las necesidades sociales de bienestar.

La atención sanitaria no está exenta de esa crisis económica. Las causas específicas de los problemas financieros de la sanidad son variadas. La principal de ellas es probablemente el enorme progreso técnico que se ha producido en el campo sanitario como consecuencia del desarrollo del conocimiento científico, que ha conllevado la aparición de nuevas tecnologías cada vez más caras. Pero existen otros factores no menos relevantes. Entre ellos: el progresivo envejecimiento de la población, el surgimiento de nuevas enfermedades, el aumento de los enfermos crónicos, una nueva concepción de la salud identificada con un completo bienestar físico, mental y social (como reza la generosa definición de la OMS) y no meramente con la ausencia de la enfermedad, y el hecho no despreciable de que las innova-

ciones tecnológicas no se han visto acompañadas por lo general de una rigurosa evaluación respecto a su eficacia, seguridad y coste-efectividad. El resultado ha sido un incremento incontrolado e ineficiente de los recursos disponibles que nos lleva hoy día a plantearnos la necesidad de racionar los recursos escasos.

El mayor problema de justicia ahora no es saber si todos los ciudadanos tienen garantizado el acceso a la asistencia sanitaria (aunque persiste la problemática con respecto a las personas que no pertenecen a la Unión Europea), sino elegir los criterios de prioridad de acceso cuando la demanda de atención sanitaria supera a la oferta. Por ejemplo, ¿debemos mantener las listas de espera como el criterio más adecuado de acceso a los servicios sanitarios? ¿Hemos de priorizar a los pacientes que entran con un mejor pronóstico o a los que están más enfermos? ¿Tenemos que combinar la atención pública con sistemas de copago simbólicos, reales, por cápita, o proporcionales a la renta individual? ¿Debemos tener en cuenta la responsabilidad de los individuos sobre sus enfermedades y discriminar el acceso por ese motivo? ¿Qué parte del presupuesto se debe destinar a los enfermos crónicos, a los terminales o a la prevención? ¿Hay que reducir los gastos hospitalarios en favor de los sociosanitarios? ¿Cuál es la lista de tratamientos, servicios y medicamentos que debe excluir la sanidad pública de la gratuidad? ¿Cómo se pueden resolver los conflictos entre la eficiencia y la equidad? La respuesta o respuestas a cualquiera de estas cuestiones sin duda nos debe obligar a reinterpretar el significado del derecho a la asistencia sanitaria, derecho que tradicionalmente se ha asociado a la igualdad de acceso por igual necesidad. ¿Cómo podemos compatibilizar el derecho a la asistencia sanitaria y al mismo tiempo racionar los recursos sanitarios escasos?

Los argumentos contra el racionamiento

Al menos existen dos argumentos que pretenden negar la inevitabilidad de racionar los recursos sanitarios. El primero de ellos viene a decir que la causa directa del racionamiento es la insuficiencia de los fondos del sistema público de sanidad. El problema del racionamiento se solucionaría, entonces, aportando más dinero a la seguridad social. El segundo insiste en que los recursos aparecen limitados debido a un despilfarro generalizado y a una falta de eficiencia en la gestión de los recursos disponibles. Así pues, eliminando la ineficiencia acabaríamos también con el problema del racionamiento. En el mejor de los casos, una mayor generosidad en la provisión de fondos para la seguridad social y la eliminación de la ineficiencia resolverían definitivamente los problemas morales de elección en la distribución de recursos.

Sin embargo, ambos argumentos resultan inadecuados para evitar la priorización. No cabe duda de que un aumento de los presupuestos de la se-

guridad social reduciría la magnitud del racionamiento. Pero no eliminaría la necesidad de priorizar. Dedicar un presupuesto mayor a la sanidad implica desatender otra necesidad social, como la educación, las infraestructuras o la defensa. Una inversión mayor en atención sanitaria conlleva una inversión menor en otras areas sociales, con lo cual lo que conseguimos es desplazar el racionamiento desde el ámbito de la sanidad a un nivel macrodistributivo. A eso podemos añadir que si aumentamos los fondos públicos para la sanidad, fácilmente saldrán a la luz todas y cada una de las necesidades de mejora del sistema sanitario: construcción de nuevos hospitales, mejora de las condiciones físicas de los hospitales actuales, aumento de salarios, mayor dedicación a la prevención: en definitiva, el conjunto de reclamaciones históricas de los servicios sanitarios en general [4] Una mayor inversión en sanidad no garantiza que se acabe con la necesidad de priorizar en cada uno de los niveles de la distribución.

Por otro lado, paises con un porcentaje del PIB mayor dedicado a la sanidad no han conseguido eliminar la priorización. Los Estados Unidos, por ejemplo, gasta el doble del PIB (14%) que España (7%), Gran Bretaña (7.1%) o Suecia (7.9%) [5] y, en cambio, son pioneros en plantearse el racionamiento sanitario. En concreto, en el país americano racionan denegando el acceso a la seguridad social a 30 millones de ciudadanos (excepto por urgencias), excluyendo numerosas prestaciones en las coberturas sanitarias que ofrecen los seguros y reduciendo las inversiones públicas en los últimos años [6]. Pero no sólo los Estados Unidos, cuyo sistema sanitario es especialmente peculiar por su inequidad, sino que son precisamente todo el resto de países ricos los que están entrando de lleno en la preocupación y en el debate sobre el racionamiento. Los hechos muestran que cuanto mayor interés tiene un país por incrementar el bienestar de sus ciudadanos, mayor es la necesidad de priorizar para atender a toda la demanda. Dadas una capacidad tecnológica y de demanda social, la necesidad de priorización aumenta con el óptimo social de bienestar. La paradoja es que cuanta mayor es la capacidad tecnológica y de oferta de atención sanitaria, mayor es la demanda social. El resultado es que cuanto más se engorda el presupuesto sanitario, mayor es la necesidad de priorizar.

Para evitar esa consecuencia, algunos autores arguyen que el racionamiento se evitaría si los servicios dejasen de ser gratis para todos lo ciuda-

---

[4] Véase la obra citada de R. Klein, cap. 8.

[5] Son datos de la OCDE, *The Reform of Health Care Systems: A Review of Seventeen OECD Countries*, París, OEDC, 1994.

[6] Véase D.P. Moynihan, «Congress build a coffin», *The New York Review of Books*, vol. 43, n. 1, 1996, pp. 33-36.

danos, si la oferta de atención sanitaria se ajustase a la capacidad de pago de los individuos. Sin embargo, esa medida no elimina el problema ético del racionamiento, sino que se limita a priorizar a las personas con recursos económicos altos. Esa es la propuesta libertarianista que más abajo examino.

El segundo argumento considera que la eliminación de la ineficiencia en la distribución y optimización de los recursos acabaría con el racionamiento. El argumento es persuasivo, sobre todo cuando descubrimos que muchos médicos aplican tratamientos escasamente efectivos o claramente inapropiados ante la ausencia de mejores alternativas, o que utilizan la medicina defensiva como regla de comportamiento profesional. En la relación entre el médico y el paciente, el que paga el tratamiento suele ser siempre un tercero (tanto si los enfermos tienen contratado un seguro privado como uno público). Por esa razón, no hay un fuerte incentivo para contener el gasto. Esa es una de las mayores causas, según numerosos economistas de la salud, de la ineficiencia del sistema sanitario.

Sin embargo, basar la eficiencia en la efectividad tiene algunos problemas irresolubles. En concreto, resulta muy complicado acertar el grado de efectividad de un tratamiento. Las técnicas de medición y de intrepretación de los resultados no acaban siendo evidencias incontestables desde un punto de vista científico[7]. Además, algunos tratamientos pueden ser inefectivos para una mayoría de la población, pero beneficiosos para una minoría, por lo que si excluimos esos tratamientos de las prestaciones básicas, estamos perjudicando a unos enfermos que tal vez no tienen tratamientos alternativos. En otros casos, ante enfermedades que amenazan la vida, algunos pacientes pueden estar dispuestos a correr el riesgo de seguir tratamientos poco experimentados si no hay una alternativa mejor. Y, entonces, ¿el Estado tiene que negarles su única posibilidad de supervivencia por razones de baja efectividad o efectividad no evidente? Piénsese, por ejemplo, en los afectados por el sida que a menudo están dispuestos a servir de conejillos de indias en todo tipo de experimentos, aun aceptando que pueden formar parte del grupo placebo.

En resumen, ni una mayor generosidad en los presupuestos ni el aumento de la eficiencia son argumentos suficientes para evitar la necesidad de racionar. Paso a analizar a continuación los principios más utilizados para justificar una línea de racionamiento u otra. Comenzaré con los principios de base utilitarista, seguiré con el argumento libertarianista y me de-

[7] Véase la obra citada de R. Klein, 1998; véase también J. Blustein y T.R. Marmor, «Cutting waste by making rules: promises, pitfalls and realistic prospects», *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 140, n. 5, 1992, pp. 1543-1572; y R. Carr-Hill, «Welcome? To the brave new world of evidence based mecicine», *Social Science and Medicine*, vol. 41, n. 11, 1995, pp. 1467-1468.

tendré con más detalle en los pros y los contras del principio de racionamiento que propone Ronald Dworkin para interpretar el derecho a la atención sanitaria.

Esplendor y miseria de los criterios utilitaristas

Una de las concepciones de la equidad en la sanidad más extendida entre los teóricos de la salud comprometidos con el estado del bienestar es la que se deriva de la teoría utilitarista. El utilitarismo parte de la idea de que el bien social equivale a la maximización de la suma del bienestar de los individuos. Aplicado a la salud, el criterio supone que la justicia de las políticas sanitarias consiste en la maximización de la suma de los estados de salud de los individuos (entendiendo que los estados de salud equivalen aquí al bienestar o utilidad). Para el utilitarismo, entonces, el sistema sanitario justo es aquel que consigue aumentar al máximo la salud sumada de todos los ciudadanos.

Si deseamos maximizar la salud, el utilitarista debe plantearse, en primer lugar, qué hemos de entender por salud. La forma más habitual de concebirla –y, por tanto, de medirla y así establecer comparaciones interpersonales de salud– es a través de la mortalidad. Al fin y al cabo, promover la salud parece tener su colofón en el hecho de salvar vidas. Así, resulta preferible salvar más vidas que menos, aunque eso signifique aceptar que hay vidas que no podemos salvar, dados unos recursos escasos. Es más, si hay que escoger, por ejemplo, entre salvar la vida de un niño o la de un anciano, pocos dudarían que la elección menos reprobable es salvar primero al niño[8], puesto que éste, *caeteris paribus*, tiene más vida por delante.

Sin embargo, recientemente se ha introducido otro factor a tener en cuenta en la definición de salud. Se dice que no sólo disfrutamos de salud cuando permanecemos vivos, sino también cuando tenemos calidad de vida. De hecho, a menudo es cierto que preferimos perder expectativas de vida a cambio de ganar una mayor calidad en la vida que nos queda. Por lo que necesitaríamos un criterio que incorpore ambos valores y que refleje el hecho de que la mayoría de la gente está dispuesta a sacrificar algo de calidad de vida con el fin de obtener una mayor expectativa de vida, y viceversa[9].

[8] No queda claro, sin embargo, qué elegiría un verdadero utilitarista si el anciano fuese un eminente cardiólogo, capaz de salvar vidas con sus conocimientos y experiencia, y el niño estuviese afectado por el síndrome de Down. En ese caso, la máxima de salvar más vidas que menos señalaría en la dirección de salvar al anciano como la acción moral más justa.

[9] Ahora bien, en principio resulta complicado medir la calidad de vida sin unos criterios objetivos. Por ejemplo, Juan, que es pianista, puede vivir dramáticamente con su parálisis del brazo izquierdo, mientras que Pedro, que es economista, sabe que acabará acostumbrándose al mismo impedimento sin alterar sustancialmente su percepción de la calidad de vida. ¿Cómo

Uno de los intentos utilitaristas más exitosos para combinar ambos factores es la utilización del QALY [10] (*Quality Adjusted Life Year*). Si una acción sanitaria consigue aumentar en un año la expectativa de vida, esto contaría como 1 QALY. Pero si esa expectativa va acompañada de un estado de salud pobre, entonces contaría como menos de 1 QALY. Este concepto sirve como base para el criterio utilitarista de justicia, que consistirá entonces en maximizar el número de QALYs cuando haya que distribuir los recursos sanitarios. Si la justicia sanitaria consiste, como creen los utilitaristas, en maximizar la salud, y asentimos que los QALYs reflejan adecuada y mesurablemente lo que significa la salud, entonces la justicia se convierte en la maximización de los QALYs. Así, se puede dar el caso, por ejemplo, de que una acción sanitaria logre aumentar en dos años la expectativa de vida de Ana, pero con una salud pobre; y que esos mismos recursos, empleados en María, le ofrezcan tan sólo un año de vida, pero con una calidad de vida mayor. Comparando los QALYs que generan ambas personas, podría suceder que la destinación de los recursos a la segunda paciente aumentase el beneficio del tratamiento –medido en QALYs– y, por tanto, sería más justo optar por tratarla a ella.

Además, en un contexto de restricciones presupuestarias, el QALY interpreta perfectamente los requisitos del coste-efectividad. Lo único que hay que hacer es incorporar el coste del tratamiento al valor en QALYs, lo que se consigue dividiendo el coste total del tratamiento por el número de QALYs que se esperan obtener de él. El resultado proporciona el coste-utilidad o coste-por-QALY de la intervención, expresado con un número de unidades monetarias por QALY. Lo que sigue es la elaboración de una lista de prioridades, en la que los valores inferiores de unidades monetarias por QALY ocuparían la parte más alta de las prioridades.

El QALY y, en general, los criterios utilitaristas, son los más utilizados y los que suelen tener mejor prensa entre los teóricos de la priorización sanitaria. Ello se debe a algunas de sus importantes virtudes tanto éticas como metodológicas. Entre ellas podemos destacar tres.

En primer lugar, si el principal objetivo del sistema sanitario es incrementar la salud de la población tanto como sea posible, dados unos recursos escasos, el criterio del coste-efectividad, expresado en este caso como coste-por-QALY, es la manera más eficiente de llevar a cabo ese objetivo. Es decir, si priorizamos a los pacientes con un coste-por-QALY más bajo,

---

podemos medir, pues, algo tan subjetivo como la calidad de vida? ¿Cómo podemos extraer el nivel de bienestar exacto a partir de la percepción que las personas tienen sobre su propia salud? Para contestar a estas preguntas abundan las listas de calidad de vida, elaboradas con una cierta pretensión de objetividad.

[10] En castellano, podemos hablar del AVAC (Años de Vida Ajustados por Calidad).

habrá más recursos disponibles para atender a más pacientes y, en consecuencia, obtendremos una mayor cantidad de salud agregada. Ahora bien, una de las intuiciones morales que casi todos poseemos respecto a la equidad en la atención sanitaria es el deseo de que ésta llegue al mayor número de personas posible (si no a todos). Sin embargo, debemos tener en cuenta que los criterios que maximizan el reparto de los bienes (sea el bienestar, la salud u otros) no pueden garantizar que ese reparto llegue a todos (o a casi todos), precisamente porque su centro de interés es sacarle el mayor partido a la producción del bien, pero no preocuparse por cómo ese bien se distribuye entre las personas.

En segundo lugar, los criterios utilitaristas garantizan el principio de igualdad formal gracias a la reserva del anonimato: la salud de cualquiera vale como la de todos. El criterio de la maximización declara, pues, su compromiso con la igualdad, pero no con la igualdad de recursos, sino con la igualdad formal o benthamiana que afirma que cada persona cuenta por una y sólo por una. Este tipo de igualdad quiere garantizar tanto la imparcialidad de la justicia como la eficiencia y la equidad. La imparcialidad proviene del hecho de que la única característica relevante para recibir atención sanitaria es el estado de salud, independientemente de otros factores como la capacidad de pago, la condición social, la etnia, el sexo o la edad. El criterio de la maximización de la salud cumple, pues, el requisito de la igualdad *formal* de oportunidades en el acceso, el uso y el beneficio que las personas obtienen de los servicios sanitarios.

En tercer lugar, los criterios utilitaristas son eficaces en la resolución de casos particulares o *micro*, como por ejemplo no favorecer al paciente que está peor pero sólo puede mejorar ligeramente, respecto al paciente que está mejor pero puede mejorar mucho más y por un período más largo. Realmente, ésta es una importante ventaja del criterio maximizador respecto a criterios más igualitaristas, que relacionan la equidad con la necesidad médica (entendida como auxilio a la falta de salud) y que, como consecuencia, se ven atrapados en una lógica interna que los conduce a justificar la regla del rescate, es decir, a estar dispuestos a invertir recursos elevados en tratar a un moribundo, mientras descuidan cómo mejorar la salud de mucha gente con mejor pronóstico.

Sin embargo, y a pesar de esas innegables virtudes, los criterios utilitaristas de la salud tienen como telón de fondo una objeción común: se saltan uno de los principios más intuitivos de nuestro sentido moral: la igualdad de oportunidades. Aunque formalmente protegen la igualdad gracias a la misma consideración de la salud de cualquiera en el *trade-off* con la salud de otro, en realidad no protegen por igual a las personas porque no tienen en cuenta que éstas generan diferencias de salud por motivos de los que no son

responsables, por ejemplo la edad, el sexo, la raza, o las condiciones sociales, económicas y culturales.

Ésa es una conclusión que no nos tiene que extrañar, puesto que el utilitarismo, como teoría de la justicia, sabemos que no es igualitarista. Las antológicas objeciones de John Rawls o de Amartya Sen a la teoría utilitarista de la justicia son, en este sentido, concluyentes.[11] Lo que ahora quiero resaltar es de qué manera podemos aplicar la crítica igualitarista a los criterios utilitaristas de la salud[12]. Por ejemplo, se puede argumentar que el criterio del QALY cae en la falacia de valorar los años de vida en vez de la vida de las personas. Si lo que cuenta es aumentar los años de vida, entonces lo que debería recomendar el QALY es dedicar los recursos a incrementar la población, eliminando las medidas de control de nacimientos, los métodos anticonceptivos y las leyes contra el aborto. La forma de defenderse, por parte de los abogados del QALY, consistiría en enfatizar que se trata de generar el mayor número de QALYs entre las personas que de hecho existen y no de aumentar simplemente los QALYs. Pero si esto es así, entonces es importante quién obtiene los QALYs y, por tanto, son importantes las personas –y cómo las tratamos– y no solamente su capacidad para generar QALYs. Pues bien, si las personas son importantes y estamos comprometidos con la idea liberal de que sus intereses deben tener el mismo peso a la hora de diseñar políticas sociales, podemos acusar al criterio del coste-por-QALY de discriminar a los pacientes más graves, a los más pobres, a los más viejos y a los discapacitados.

Discrimina a los enfermos más graves puesto que a menudo la gravedad de la enfermedad va ligada a un mayor coste en su posible tratamiento. El resultado es que, paradójicamente, cuanto más sano acuda usted al sistema sanitario, más barato nos puede salir su recuperación y, en consecuencia, más probabilidades tiene de que le atiendan bajo criteros utilitaristas.

Discrimina también, esta vez de forma sutil, a los más pobres. Por ejemplo, a menudo ocurre que los más pobres responden peor a los tratamientos médicos que los más ricos con igual dolencia, debido a que estos últimos disfrutan de mejores condiciones sociales, ambientales, higiénicas e inclu-

---

[11] Véase J. Rawls, *Una teoría de la justicia*, México, Fondo de cultura económica, 1971, pp. 40-46; y también A. Sen, «¿Igualdad de qué?, S.M. McMurrin (ed.), *Libertad, igualdad y derecho*, Barcelona, Ariel, 1988, pp. 136-148.

[12] Algunos intentos de argumentar en este sentido se encuentran en John Harris, «QALYfying the value of life», *Journal of Medical Ethics*, 13, 1987, pp. 117-123; en M. Lockwood, «Quality of life and resource allocation», J.M. Bell i S. Mendus (eds.), *Philosophy and medical welfare*, Cambridge, Cambridge University Press, 1988; y en R.A. Carr-Hill, «Allocation resources to health care: is the QALY a technical solution to a political problem?», *International Journal of Health Services*, vol 21, n. 2, 1991.

so culturales que los hace competir favorablemente en la obtención de QALYs, es decir, en capacidad de beneficio del tratamiento.

También conduce, esta vez de una forma automàtica, a la discriminación por razón de edad. Cuanto más edad tiene una persona que necesita un tratamiento determinado, menos QALYs generará de ese tratamiento. Si lo que importa es la expectativa de vida ganada con el tratamiento médico, es obvio que la administración de un simple antibiótico genera más QALYs en las personas más jovenes, lo que tiene unos efectos immediatos, por ejemplo, en las políticas destinadas a las personas mayores. La atención sanitaria a los más jóvenes tendrá casi siempre prioridad sobre el cuidado de los mayores, *por razón de edad*. La pediatría, por ejemplo, acabaría consumiendo la mayoría de los recursos en detrimento sobre todo de la geriatría, que estaría en la cola del orden de prioridades sanitarias.

Finalmente, el criterio del QALY discrimina a los discapacitados. Con todas las demás características iguales, en los casos en que las personas padecen enfermedades que amenazan a su vida, las personas con discapacidades generan sistemáticamente menos capacidad para beneficiarse de los tratamientos y, por tanto, menos QALYs. El tratamiento a un discapacitado que ve amenazada su vida por una enfermedad que no tiene relación directa con su discapacidad producirá menos QALYs que el tratamiento a una persona no discapacitada con la misma dolencia. El resultado sería un mayor coste-por-QALY y, en consecuencia, una inferior prioridad para el discapacitado.

La argumentación para sancionar moralmente al criterio del QALY se basa, como he apuntado más arriba, en la defensa de la igualdad. El criterio de los QALYs está comprometido con la eficiencia en la maximización de la salud agregada, pero no con la distribución de la salud entre la población. Sin embargo, si la vida y la salud de cada persona cuentan, y cuentan tanto como las de cualquiera otra persona, y a eso añadimos que todas ellas deben ser tratadas con igual consideración y respeto tanto en la distribución de los recursos sanitarios como en la atención que reciben por parte de los profesionales de la salud, entonces la prioridad moral debe ser salvar cuantas más vidas mejor –o, en términos más apropiados, posponer la muerte individual–, no incrementar la suma global de años de vida de la población. Si cada vida humana cuenta por una, entonces la vida de todas las personas tiene el mismo valor. Por esa razón, si aceptamos el valor moral de la vida, hemos de afirmar el principio de igualdad que se deriva de la defensa de ese valor. Tal cosa no significa, naturalmente, que debamos ofrecer lo mismo a todo el mundo –puesto que cada persona requiere de unas atenciones y unos recursos diferentes–, sino que debemos tratar a cada cual con la misma consideración y respeto.

En consecuencia, si confiamos en la solución utilitarista con el fin de armonizar el derecho a la asistencia sanitaria con la necesaria priorización, el resultado es que el derecho individual queda gravemente afectado. Es cierto que formalmente se conserva el derecho a que todos los ciudadanos accedan al sistema sanitario con independencia de la etnia, las creencias políticas, la condición social o la económica, mientras que la exclusión se justifica por razones que sólo tienen que ver con el estado de salud. Sin embargo, los criterios utilitaristas violan los derechos de las personas. No sólo se niega a algunas personas el acceso a unos tratamientos necesarios desde un punto de vista exclusivamente médico, sino porque se saltan, directa o indirectamente, el derecho a la igualdad de oportunidades: discrimina a las personas por motivos de los que ellas no son responsables, como la edad, la gravedad de la enfermedad, las condiciones sociales, económicas o culturales.

La defensa de los derechos: el libertarianismo

No obstante, existen diversas alternativas al utilitarismo que ponen el acento en la priorización de los derechos de las personas a la libertad y a la igualdad. Las más sobresalientes son las encabezadas por el libertarianismo de autores como Robert Nozick, y por el igualitarismo liberal que identificamos comúnmente con John Rawls, Ronald Dworkin o Amartya Sen.

Si el utilitarismo es una teoría que tiene como finalidad la maximización de los estados del mundo social, el libertarianismo, en cambio, se propone garantizar los derechos de los individuos contra cualquier ingerencia de terceros. Y lo lleva a cabo protegiendo a ultranza lo que considera el valor supremo de la ética social: la libertad individual. El derecho individual a la libertad salvaguarda la posibilidad de intercambiar bienestar o utilidad social a cambio de una distribución desigual de la libertad. Parecería entonces que los problemas éticos que he relacionado con el utilitarismo, en el sentido que menosprecia los derechos de las personas si no coinciden con una función maximizadora del bienestar social, quedan eliminados con la defensa incondicional de la libertad individual que promueve la teoría libertarianista. Sin embargo, la protección de los derechos individuales es tan restrictiva, en el libertarianismo, que suprime toda posibilidad de una justicia distributiva, lo que afecta negativamente a su supuesta defensa del derecho a la atención sanitaria. Digo supuesta porque, de hecho, el libertarianismo niega que exista un derecho a la asistencia sanitaria similar al derecho a la libertad o a la propiedad individuales.

El principal argumento libertarianista para excluir a la atención sanitaria de los derechos de las personas se basa en que garantizar la atención sanitaria no es una exigencia del derecho fundamental a la libertad personal. Al contrario, el acceso garantizado de los ciudadanos a la atención sanitaria

violaría el derecho a la libertad personal, puesto que implicaría una redistribución de los recursos privados sobre los cuales las personas tienen derechos de propiedad. Para el libertarianismo, toda acción colectiva sobre la distribución de los recursos privados que ignore la adhesión voluntaria de los afectados representa una imposición injustificada. No resulta difícil encontrar ejemplos en el contexto de la sanidad para darse cuenta de los efectos restrictivos que este argumento tiene sobre el acceso al sistema sanitario. Imaginemos que un niño desarrolla una enfermedad oncológica que requiere de un tratamiento largo y caro para intentar restablecer su salud. Para el libertarianismo, el hecho de ser víctima de la enfermedad no otorga ningún tipo de derecho moral para reclamar una compensación en forma de asistencia sanitaria. Nadie parece tener el deber de ayudar al enfermo más allá de lo que dicte la conciencia personal. Cualquier tipo de ayuda que éste reciba responderá al sentimiento de caridad o de compromiso personal, pero no existe una reclamación de justicia. El ámbito de la justicia, para los libertarianistas como Nozick, se reduce al proceso por el cual las personas se apropian de las cosas. El infortunio físico o psíquico es un capricho del destino sobre el que no existen razones de justicia para compensarlo socialmente. Por lo tanto, nadie tiene derecho a una asistencia sanitaria excepto si lo ha adquirido a través del mercado. Cualquier intento de redistribuir los recursos para atender a los que están peores desde el punto de vista de la salud es por encima de todo injusto. El resultado práctico de este argumento es la injustificación tanto de un sistema público de sanidad como de una garantía individual de atención sanitaria basada en la idea de justicia [13]. En el Estado mínimo de Nozick, por ejemplo, no hay lugar para la protección universal de la salud.

El argumento libertarianista insiste en que sólo puede restituir quien perjudica y, por consiguiente, si no podemos hacer a nadie directamente responsable de la mala salud de otra persona, el enfermo no tiene derecho a ser compensado por la sociedad. Si existe una propiedad en virtud de una adquisición justa o de una transmisión justa, los derechos a esa propiedad no pueden verse afectados por la falta de salud de terceros [14]. En la práctica, la

[13] Una manera retórica de tratar el tema es aceptar un derecho negativo a la asistencia sanitaria, es decir, un derecho entendido como la libertad de adquirir asistencia sanitaria dentro de las leyes del mercado o la protección de la salud de la persona contra posibles agresiones de terceros, pero nunca como un derecho positivo o el deber de sufragar la atención sanitaria que un tercero necesite sin que el pagador haya intervenido directamente en la aparición o desarrollo de la dolencia. Éste es el argumento de R.M. Sade para eludir formalmente la exclusión de un derecho a la atención sanitaria. Véase R.M. Sade, «Medical Care as a Right: A Refutation», *New England Journal of Medicine*, n. 285, 1971, pp. 1288-1292.

[14] Ése es el argumento que esgrime H. T. Engelhardt, autor de uno de los libros más influyentes en bioética en nuestros días: *Los fundamentos de la bioética*, Barcelona, Paidós,

capacidad individual de pago, dentro de las leyes económicas del mercado, es el criterio que da acceso a la asistencia sanitaria, lo que perjudica claramente a los más pobres.

Algunas variaciones del principal argumento libertarianista dan cobijo a la garantía de una asistencia mínima, pero bajo unas condiciones determinadas. El argumento sugiere que, aun respetando las razones morales que el libertarianismo esgrime contra el derecho a la asistencia sanitaria, la sociedad contemporánea, animada por los sentimientos humanistas y por una tecnología médica que en ocasiones es capaz de restaurar masivamente la salud a un coste relativamente bajo, puede preferir pactar democráticamente una beneficiencia social en materia sanitaria. No obstante, queda claro que sólo el pacto social otorga legitimidad a la creación de un sistema sanitario que garantice prestaciones mínimas para todos, no la existencia de un derecho previo al pacto, ni siquiera un derecho exclusivamente moral del estilo de los que recoge la declaración universal de los derechos humanos. Podría ocurrir que la presión social creara una asociación equivocada entre el resultado de un pacto duradero en materia sanitaria que garantizase unas prestaciones mínimas y un derecho a la atención sanitaria (que habría que respetar por encima de los pactos puntuales). En ese caso, además de la obligación política de hacer comprender a la población el error de esa asociación de ideas, habría que recordar que un derecho tal en ningún caso puede restringir la libertad individual de adherirse al tipo de pacto social que hace posible finalmente, con plena legitimidad, la realización de una asistencia sanitaria mínima garantizada [15]. Hay que pensar que un derecho a la asistencia sanitaria supone un derecho a la igualdad de atención sanitaria, lo que significa que dados unos recursos escasos deberíamos rebajar la calidad de la asistencia sanitaria que se dispensa a los que ahora pueden pagársela para que ésta llegue por igual a toda la población. Un resultado como éste viola el derecho a la libertad personal de obtener tanta asistencia sanitaria como uno quiera en el mercado.

Otra línea de argumentación, que intenta rebajar la indiferencia del libertarianismo hacia los más pobres, defiende que aunque toda intervención pública que implica obtener recursos privados para distribuirlos entre la población es en principio injusta (por las razones que ya conocemos), existe una especie de deber personal en favor de la caridad. En este caso, y dados

---

1995, pp. 401-439. Para rastrear los argumentos preliminares del libertarianismo en materia sanitaria, véase J. Arras, «The Neoconservative Health Estrategy. Vouchers and the Rethoric of Equity», R. Bayer, A. Caplan i N. Daniels (eds.), *In Search of Equity. Health Needs and the Health Care System*, Nova York, Plenum Press, 1983, pp. 125-159.

[15] Véase Charles Fried, «Equality and rights to health care», *Hastings Center Report*, n. 6, 1976.

los costes de organización, se puede tolerar una intervención pública en la provisión de un mínimo de asistencia sanitaria para todos. En cualquier caso, los contenidos de la provisión mínima dependerán en todo momento de la voluntad generosa de los donantes, pero no de otras razones morales como las que se derivan, por ejemplo, de la solidaridad [16].

En resumen [17], el problema ético del libertarianismo es que su defensa del derecho a la libertad personal condena a muchas personas, carentes de suficientes recursos para llevar una vida digna, al desamparo social. Para el libertarianismo sólo se pueden invocar razones de caridad y de beneficencia para ayudar a los ciudadanos en peor situación económica, puesto que impide el paso a razones de justicia y de solidaridad.

La defensa de los derechos: Dworkin

Recientemente, el polifacético Ronald Dworkin, con la sofisticación que le caracteriza, ha elaborado un argumento que intenta asociar el derecho a la atención sanitaria con el valor moral de la responsabilidad individual, pero sin derivar este último de una visión propietarista de la libertad –como hace el libertarianismo– sino de la concepción de la igualdad moral entre las personas que le ha llevado a fundamentar su conocida teoría de la igualdad de recursos. El argumento dworkiniano tiene la ventaja, por añadidura, de fundamentar un principio ético para el racionamiento de los recursos sanitarios. Veamos, pues, en primer lugar, qué razones esgrime el filósofo nor-

[16] Véase Allen Buchanan, «The Rigth to a Decent Minimun of Health Care», *Philosphy and Public Affairs*, vol. 13, n. 2, 1984. Con agumentos muy similares a éste, véase B. Brody, «Health care for the haves-not: toward a just basis of distribution», a E.E. Shelp (ed.), *Justice and Health Care*, Dordrecht, Reidel Publishing Company, 1981, pp. 151-159; y también L. Lomasky, «Medical progress and national health care», *Philosophy and Public Affairs*, vol. 10, 1981.

[17] Las objecciones al libertarianismo son numerosas y no es éste el lugar abundar en ellas. A modo de ejemplo, una de las objeciones más conocidas señala que si aceptamos la teoría de los derechos de Nozick, basada en la protección de la propiedad individual cuando ésta ha sido obtenida de forma legítima, debemos aceptar también el hecho de que al menos la gran mayoría de las posesiones que ahora disfrutamos los ciudadanos occidentales son fruto de la usurpación con la fuerza en algún momento de la historia (guerras, botines, robos, expropiaciones ilegales, conquista, expoliaciones...) a partir del cual se inició la supuesta legitimidad jurídica. Si esto es así, como corroboran los historiadores, y estamos comprometidos con el ideal libertarianista que justifica la propiedad sólo si se ha obtenido de forma legítima, debemos asumir uno de estos dos resultados: o el acual Estado puede utilizar la fuerza para imponer los mismos criterios que en su día impusieron los antiguos usurpadores, o la mayoría de los actuales propietarios son los beneficiarios de una apropiación ilegítima en el pasado, lo que los convierte en herederos de un robo y, en consecuencia, no pueden ahora reclamar los derechos de propiedad con la fuerza moral que el libertarianismo espera que se debe reclamar la propiedad. Para un relato de las principales objeciones a la teoría general del libertarianismo, véase Will Kymlicka, *Filosofía política contemporánea*, Barcelona, Ariel, 1995, cap. 4.

teamaricano para justificar ese principio ético que, posteriormente, someteré a algunas objeciones.

Según Dworkin, el funcionamiento actual de los sistemas sanitarios sigue un modelo inadecuado de justicia sanitaria, el modelo que él llama clásico o del aislamiento. Ese modelo se basa en tres supuestos: 1) la salud –como indicaba Descartes– es el más preciado de los bienes humanos, 2) el criterio de distribución de los recursos sanitarios es la igualdad de acceso por igual necesidad, independientemente del coste de la atención sanitaria, y, 3) como consecuencia, estamos obligados a seguir la regla del rescate que –como he apuntado anteriormente– no tolera que alguien sufra o muera cuando podemos hacer algo para paliar su sufrimiento o retrasar su muerte.

Sin embargo y, en primer lugar –señala Dworkin– no está claro que la salud sea el bien más preciado de las personas. Cuando la tecnología era asequible económicamente para atender a todos los que la necesitaban, no fue importante darse cuenta de que la salud es un bien que debe competir con otros bienes también importantes en el ser humano, como la educación, la seguridad material o la actividad social. Pero actualmente el coste impagable de las nuevas tecnologías obliga a repensar la importancia exacta del valor de la salud en la vida de las personas. En segundo lugar, el criterio de la necesidad es víctima de la variabilidad en la interpretación de lo que sea realmente una necesidad. Dado que en la definición de necesidad intervienen valores morales diferentes e incommensurables, una sociedad liberal comprometida con la igualdad no puede dar una respuesta perfeccionista a esta cuestión, sino que tiene que permitir las diversas concepciones de la necesidad sanitaria. En tercer lugar, la consecuencia radical de utilizar el criterio de la necesidad es la obediencia a la regla del rescate, lo que choca contra muchas de nuestras intuiciones morales alrededor de las prioridades en la atención sanitaria. Por ejemplo, ¿quién de nosotros utilizaría el poco antibiótico de que disponemos en una situación límite para reanimar perentoriamente a un enfermo terminal cuando se puede emplear el medicamento en personas enfermas con una esperanza de vida mucha más larga? El mismo argumento se puede usar cuando el coste económico entra en juego, como en el caso de tener que decidir o gastarse todo el presupuesto en alargar sólo algunas semanas la vida de un anciano o utilizar ese dinero en la mejora de la atención domiciliaria para decenas de otros ancianos.

Para Dworkin, en un contexto de obligada escasez de recursos, resulta una ingenuidad e, incluso, una inmoralidad menospreciar los costes reales de nuestras decisiones. Por esa razón, propone un nuevo modelo de justicia sanitaria derivado de su teoría de la igualdad de recursos. La justificación del nuevo modelo recupera la argumentación contractualista que caracteriza al recursismo de Dworkin. Imaginemos una situación ideal o hipotética

en la que se dan tres condiciones: 1) hay igualdad de recursos, 2) la gente dispone de una información detallada sobre los costes y el grado de efectividad de los tratamientos sanitarios, y 3) nadie –incluyendo a las compañías aseguradoras– conoce la información sobre los antecedentes médicos y la probabilidad de una persona de contraer una enfermedad determinada. Si se cumplen esas condiciones y no existe todavía una provisión pública de los servicios sanitarios, el mercado libre es el único receptor de las demandas de atención sanitaria. En tal caso, las personas contratarán el seguro que más les convenga. La ventaja del mercado es que obliga a la gente a responsabilizarse de sus elecciones. Y si el acceso al mercado es realmente igualitario (porque hay una igualdad inicial de recursos y de información y porque esa última es completa), entonces el resultado de las elecciones de las personas es moralmente justo.

Obviamente, no podemos esperar que concurran realmente las condiciones ideales de su modelo contractualista, por lo que Dworkin nos invita a utilizar esa situación hipotética, en buena tradición kantiana, a modo de contrafáctico, es decir, como una guía que ayuda a discernir en qué consiste la justicia distributiva en sanidad. Tras las elecciones individuales, Dworkin prevé que se crearían, por una parte, instituciones públicas para reducir los costes de la acción colectiva y, por otra parte, planes de seguros que valorarían económicamente los riesgos que los contratantes están dispuestos a asumir. El resultado de ese proceso sería la aparición de un seguro de carácter universal y de prestaciones mínimas al estilo de los que existen en paises como Gran Bretaña, Canadá o España. Lo interesante desde el punto de vista ético es que los contratantes elegirían siguiendo un principio de la prudencia (*prudent principle*) que se aparta del clásico principio de la necesidad. En palabras del propio autor: «el test pregunta lo que la gente decidiría gastar en su propia atención médica, como individuos, si estuviesen comprando un seguro bajo las condiciones de un mercado libre y equitativo, e insiste, primero, en que como nación deberíamos gastar lo que están dispuestos a gastar los individuos, bajo las condiciones descritas; y, segundo, que deberíamos utilizar el gasto agregado para asegurarnos que todos tendrán ahora, como individuos, lo que en aquel caso tendrían» [18].

En un primer momento, la gente se sentiría tentada de asegurarse contra todo tipo de enfermedades. Pero, inmediatamente, se darían cuenta de que el coste de un seguro tan ambicioso resultaría prohibitivo y entonces decidirían *prudentemente* rebajar la cobertura del seguro. El paquete de prestaciones que la media de la gente estaría dispuesta a contratar debería deter-

[18] R. Dworkin, «Will Clinton´s Plan Be Fair?», *The New York Review*, vol. XLI, 1 y 2, 13 de enero de 1994, p. 24.

minar la cobertura que actualmente deberían tener los sistemas sanitarios públicos, es decir, se encargaría de marcar los límites al derecho a la atención sanitaria. En ese caso, Dworkin intuye qué tipo de prestaciones quedaría excluida de la cobertura universal. Por ejemplo, la gente no se aseguraría contra una vida vegetativa ligada a unos aparatos muy caros de mantener. Tampoco se aseguraría contra las intervenciones caras en situaciones de demencia. Pocas personas adquirirían un seguro contra las intervenciones sanitarias muy costosas que sólo pueden prometer pocas semanas de vida. La idea general es que la media de la población no estaría dispuesta a hipotecar la mayor parte de sus ingresos durante toda su vida con el fin de pagar un seguro contra una enfermedad de la vejez cuyo tratamiento sea muy costoso. «Mi punto de vista –concluye Dworkin– es que no querrían esos meses adicionales a costa de los sacrificios, en sus incipientes y vigorosas vidas, que serían necesarios si realizan esa elección. Pensarían que, durante la juventud, el dinero se gasta mejor en formación laboral, educación, inversiones o cualquier otra cosa que les resultase más beneficiosa» [19]. A pesar de eso, los tratamientos caros y poco efectivos se deberían poder comprar adicionalmente en un mercado privado de la sanidad.

Sin duda, la interpretación que Dworkin ofrece del derecho a la atención sanitaria tiene el mérito de intentar compatibilizar la necesidad de priorizar los recursos escasos con los derechos individuales de las personas, bajo el auspicio de un sentido de la igualdad moral que no siempre se respeta en otros criterios, como el utilitarismo o el libertarianismo. En ese sentido, el principio de la prudencia plantea una mejor alternativa al problema planteado en este artículo. Sin embargo, la propuesta dworkiniana no está exenta de críticas. A elaborar esas críticas voy a dedicar el resto del texto.

Entre los derechos y el racionamiento

El objetivo de Dworkin es asociar la idea de los derechos a la responsabilidad de las personas. La gente debe asumir los costes de sus elecciones y entender que no todo es posible, y que nuestras ambiciones, además de tener un coste propio, compiten entre sí. Estar dispuestos a pagar ese coste inherente a las ambiciones y asumir los costes de oportunidad de nuestras elecciones es parte de lo que Dworkin entiende que debe integrarse en una teoría de la justicia. Y no le falta razón *grosso modo*. Sin embargo, en ocasiones Dworkin lleva la idea de responsabilidad individual demasiado lejos, y en relación con la justicia distributiva en la atención sanitaria esto se puede ver con claridad. Voy a basar mis objecciones al principio de la pruden-

[19] R. Dworkin, «Justice in the Distribution of Health Care», *McGill Law Journal*, vol. 38, n. 4, p. 891.

cia en ese abuso de la idea de responsabilidad individual como fundamento del derecho a una atención sanitaria justa.

En primer lugar, hay una serie de consideraciones generales que ponen en duda el alcance del valor de la responsabilidad individual en el fundamento de una teoría de la justicia. Una de las más conocidas es la que algunos simpatizantes del marxismo analítico dirigen a la idea de igualdad de recursos. En concreto, autores como G.A. Cohen o J. Roemer advierten de la dificultad de separar claramente las preferencias de las circunstancias, una separación que la igualdad de recursos presupone en todo momento, ya que tiene como finalidad responsabilizar a las personas por sus preferencias, pero no por las circunstancias que las rodean y de las cuales las personas no son responsables. Para los autores citados, en las preferencias siempre hay algo que pertenece a las circunstancias. Por ejemplo, el esfuerzo que un estudiante realiza para aprobar un examen puede estar condicionado por el nivel de adrenalina que su organismo es capaz de producir: una circunstancia que no depende de las preferencias del estudiante [20]. Para ellos, la separación entre preferencias y circunstancias se debe substituir por otra que divide las circunstancias que caen bajo el control de la persona de aquellas otras que caen fuera de su control. Por ejemplo, si un individuo ha fumado durante muchos años y en parte lo ha hecho *presionado* por su entorno, su responsabilidad disminuye, aunque aparentemente siempre haya *elegido* fumar a no hacerlo [21]. Como réplica, se puede argumentar que si bien es cierto que detrás de una preferencia siempre podemos encontrar un deseo no deliberado de cultivarla, esto no debería contar como una circunstancia, puesto que en realidad ese deseo no es más que una convicción ética (por ejemplo, la convicción de que en determinadas ocasiones mi vida es mejor si fumo que si no lo hago, o de que mi vida mejora si consigo llegar a la cima de una montaña antes que verlo por televisión). Y las convicciones éticas no deberían contar como circunstancias, puesto que no son limitaciones para nuestras vidas, sino todo lo contrario. Estaríamos peores, no mejores, si no si-

[20] Para una argumentación de ese tipo, véase R. Arneson, «Equality and equal opportunity for welfare», *Philosophical Studies*, n. 156, 1989.

[21] Se puede pensar que el tabaco tiene un componente adictivo que Dworkin podría incluir fácilmente en el saco de las circunstancias. Sin embargo, piénsese en un amante del deporte al aire libre. La sociedad en su conjunto promociona todo tipo de deportes por asociarlos a una vida física y mentalmente sana. Entonces, ¿el alpinista es totalmente responsable de su afición? Como que la media de las personas no se dedica al alpinismo, el principio de la prudencia parece que no subvencionaría los gastos ocasionados por un accidente en una montaña a seis mil metros de altitud. Sin embargo, si la sanidad pública se desentendiese de ese tipo de gastos, el alpinismo se convertiría en un deporte reservado sólo para los muy ricos, puesto que los gastos de rescate, transporte y atención médica pueden llegar a ser muy costosos.

guiéramos nuestras convicciones éticas, luego no pueden contar lo mismo que las circunstancias en el cálculo de la justicia distributiva.[22]

No obstante, hay otra consideraciòn general al argumento central de Dworkin que lo atrapa mejor en su propia red. En otro sitio he discutido [23] que, si bien la igualdad de recursos responsabiliza a los individuos de sus preferencias, incluidas las convicciones éticas que no han escogido deliberadamente, sin embargo es insensible a la desigual influencia que la desigualdad de recursos tiene en la formación de las preferencias. Naturalmente, el punto de partida, en la teoria dworkiniana de la justicia distributiva, es una situación de igualdad de recursos, pero no cabe duda de que como resultado de las acciones moralmente legítimas de individuos diferentes, pronto aparecerá una desigualdad legítima de recursos. En la teoría de Dworkin, los individuos más ambiciosos y más sacrificados recibirán merecidamente un premio mayor. Ahora bien, sabemos que las preferencias de las personas están influenciadas por las expectativas que suscita la cantidad de recursos disponibles, sean éstos materiales, naturales, culturales o educativos. Este tipo de influencia del entorno en las preferencias individuales transforma a éstas en preferencias adaptativas. Las personas adaptamos nuestras preferencias a lo que objetivamente nos es posible satisfacer. Por ejemplo, no hace muchos años muchas mujeres españolas no tenían las mismas aspiraciones sociales que tienen hoy. La razón no es otra que la antigua socialización represora sobre sus capacidades, talentos y lugar en la jerarquía social. También es cierto que esa falta de aspiraciones sociales se podía asociar a una convicción ética, del estilo, por ejemplo, de que una buena mujer es la que se queda en su casa la mayor parte del día cuidando a su marido y a sus hijos. Eso es una convicción ética y la igualdad de recursos en Dworkin reponsabiliza a esas mujeres de sus convicciones éticas. No consigue captar la adaptación de sus preferencias y sus convicciones a un entorno de mentalidad machista o, lo que es lo mismo, a un entorno pobre o limitado en cuanto a recursos culturales y educativos.[24] En términos de racionalidad cognitiva, no se suele desear lo que no se suele poder conseguir. Sin embargo, este aspecto de la desigualdad no tiene cabida en el excesivo

---

[22] Véase R. Dworkin, *Etica privada e igualitarismo político*, Barcelona, Paidós, 1993, p. 186.

[23] Véase A. Puyol, «La inestabilidad del igualitarismo político», Reyes Mate (ed.), *Pensar la igualdad y la diferencia*, Madrid, Visor, 1995.

[24] Otro ejemplo relevante para la sanidad es la influencia de los recursos en el desigual acceso al sistema sanitario. Existen barreras materiales, geográficas, sociológicas, culturales y educativas que desigualan el acceso al sistema sanitario. Por esa razón, en ocasiones se distingue entre desigualdad de acceso y desigualdad de utilización. Un acceso formalmente igualitario no se traduce necesariamente en una igualdad de utilización, debido, además de las diferencias en salud, a esas otras diferencias sociales.

papel que la resposabilidad individual juega en la teoría dworkiniana de la justicia distributiva. El resultado atrapa a la teoría en una paradoja: prescribe la igualdad en las circunstancias que la persona no controla y responsabiliza a los individuos de sus convicciones, pero ignora la desigualdad en las circunstancias que contribuyen a la formación de las convicciones.

Esa paradoja viene motivada, a mi entender, por el deseo de un liberal como Dworkin de respetar en todo momento las concepciones particulares de la vida buena. Intervenir socialmente en las preferencias y las convicciones adaptativas, bajo la consideración de que han sido inadecuadamente formadas, pone en entredicho la máxima liberal de la neutralidad del Estado respecto de las convicciones éticas de la gente. El neutralismo liberal tiene muchas virtudes, a las que todos deberíamos sumarnos, pero en ocasiones es demasiado ciego. Eso ocurre cuando se aplica a la sanidad. Recordemos que Dworkin argumenta contra el principio de la necesidad médica en la justicia sanitaria, entre otras razones, porque la misma idea de necesidad es relativa a convicciones éticas diferentes y –para un liberal convencido– inconmensurables entre si. Sin embargo, si la falta de respeto al neutralismo estatal sobre las convicciones éticas de sus ciudadanos nos puede conducir al autoritarismo, la falta de un criterio ético universalizador de mínimos respecto a lo que debamos entender por necesidad médica nos puede arrojar al más indiferente de los relativismos. La ventaja de las necesidades médicas para no considerarlas como preferencias sin más o como convicciones éticas de entera responsabiliadad individual es la humanidad común que se esconde tras ellas. Puede que el aborto sea un caso donde cuenten mucho las convicciones éticas inconmensurables, pero el deseo de evitar el dolor, de curar a un hijo enfermo o de vacunar a una población contra la malaria no son simples preferencias personales, ni tampoco convicciones éticas incommensurables. Desear una silla de ruedas que mejore la calidad de vida de un paraplégico no debería tener el mismo rango ético que la depresión que causa a un aristócrata arruinado el deseo insatisfecho de poder mantener una vida de lujos y caprichos, aunque ambas respondan a convicciones éticas diferentes.

Si ésas son las consideraciones más generales, podemos entrar ahora en las objecciones particulares al principio de la prudencia. Una de las más destacables intenta poner de nuevo contra las cuerdas la coherencia en la propuesta de Dworkin. Una consecuencia práctica del principio de la prudencia es que el sistema público de sanidad debería excluir de sus prestaciones todas aquéllas que no compraría un ciudadano estándard (que representaría la media de la población). A su vez, los gastos de la sanidad pública deberían ser cubiertos por el conjunto de la población (por ejemplo, a través de una fiscalidad progresiva). Sin embargo, esta política acaba discri-

minando a las personas que han utilizado su ambición para trabajar y ahorrar mucho. Resultan discriminados porque después de haberse esforzado más y de haber contenido más su ocio, ahora se ven obligados a financiar la necesidad de atención sanitaria de aquéllos que trabajaron menos y que consumieron un mayor ocio por elección personal. El principio de la prudencia, pues, acaba castigando a quienes obtuvieron una ventaja merecida según los cánones de la igualdad de recursos.

Por otra parte, hemos visto que el celo liberal de Dworkin le lleva a mantener al Estado indiferente respecto a la consideración de la salud como el bien más preciado de las personas. Es cierto que el Estado se atribuiría una impronta perfeccionista si considerase a la salud como el bien más preciado y, en consecuencia, hipotecase los presupuestos públicos en su favor, pero eso no justifica que niegue la atención sanitaria a quien no tiene necesidades estándares. El principio de la prudencia consideraría *imprudente* costear con dinero público el tratamiento de numerosas enfermedades minoritarias y actualmente caras (debido, entre otras razones, a la escasa investigación que se le dedica). Este tipo de enfermedades ya se ven rechazadas por la iniciativa privada en la investigación por el hecho de ser minoritarias. Sabemos, por ejemplo, que se están realizando enormes esfuerzos para encontrar la vacuna contra el sida, que salvará a millones de personas. Pero tambien sabemos que esa investigación dará otros frutos: un fabuloso negocio económico para los que patenten, fabriquen y vendan la vacuna. Algo que no sucedería si se realizasen esfuerzos inversores similares para vencer a una enfermedad aún más terrible y mortal como la ataxia de Freidreich [25] Si las enfermedades minoritarias están ya claramente marginadas por la inciativa privada, la negativa pública a sufragar, no ya tan sólo los tratamientos actuales (muy caros y poco efectivos para el pensamiento rentabilista del ciudadano estándard que imagina Dworkin), sino también el coste de la investigación, todavía margina más a ese tipo de enfermos y a sus familias. El principio de la prudencia no sólo desaconseja la financiación pública de los tratamientos caros de las enfermedades minoritarias, sino que también cierra definitivamente las puertas al avance en su investigación.

[25] Por presentar también un ejemplo de enfermedad de mayorías, tenemos el caso de la malaria. Dado que el ciudadano estándard del mundo occidental no tiene problemas graves con la malaria, la industria farmacológica ha dejado de lado la investigación en ese campo porque los compradores potenciales de las vacunas y medicamentos son tan pobres que no resulta una inversión económicamente rentable; únicamente la inciativa militar –los militares occidentales tienen gran riesgo de contraer la malaria en sus expediciones por el resto del mundo– y la perseverancia de personas especialmente comprometidas como el Dr. Patarroyo se han decidido a investigar seriamente la malaria.

Siguiendo con las discriminaciones que subyacen al principio de la prudencia, hay otra que resalta especialmente: la discriminación a los más viejos. Según Dworkin, el ciudadano estándard no se aseguraría contra determinadas enfermedades de la vejez que fueran muy caras y poco efectivas, y espera que las políticas públicas reflejen este razonamiento. Este hecho de por sí ya es susceptible de atentar contra los principios morales y constitucionales que consideran por igual los derechos básicos de todas las personas, con independencia de su edad. Pero, además, hay otras razones que Dworkin no tiene en cuenta. Puede parecer plausible que un individuo valore peor su mala salud cuando es joven que su mala salud de viejo, pero no parece tan claro que tenga la misma intuición moral sobre el estado de salud, por ejemplo, de sus padres. El principio de la prudencia anuncia a los individuos que es mejor para todos dejar morir a los padres o a los abuelos ancianos con enfermedades muy caras para poder satisfacer otras necesidades sociales más imperantes. Incluso puede que el moribundo llegue a aceptar ese argumento por mor de sus hipotéticos compromisos de juventud con el principio de la prudencia y con una especie de principio natural que consiste en dar preferencia a los más jóvenes. Sin embargo, no está tan claro que éstos estén dispuestos a dejar morir a sus familiares amparándose en el mismo argumento. Puede ocurrir que si el sistema sanitario público no les ampara, busquen atención en la sanidad privada y puede que eso afecte poderosamente a sus economías particulares. Y si todo eso sucede, entonces los más pobres comprobarán que deben dejar morir a sus mayores, mientras que los más ricos podrán vivir algo más o algo mejor. El principio de la prudencia se limita a creer que el deseo de las personas de ofrecer sus recursos familiares escasos al cuidado de sus viejos parte de una convicción ética que cae dentro de la responsabilidad individual y que, por consiguiente, no cuenta como una circunstancia que la sociedad deba intentar compensar en su compromiso con la igualdad de recursos. Sin embargo, ese es un tipo de convicción ética que, en mi opinión, un estado liberal debería también incorporar como una necesidad social y no sólo como una convicción particular, con las consecuencias distributivas pertinentes.

Aún hay espacio para otro tipo de objeción que aparece cuando condicionamos los derechos a la responsabilidad individual. Imaginemos que uno de los ciudadanos estándard de Dworkin ha contribuido durante muchos años a la financiación del sistema sanitario y que ahora, que ha contraido una enfermedad grave, tiene derecho a que el sistema atienda su dolencia. Supongamos que ese ciudadano tiene la convicción ética de que habiendo llegado a un punto en su vida en que ya ha cubierto sus objetivos personales y que a partir de ahora sólo puede empeorar su calidad de vida, decide que los recursos a los que tiene derecho deberían ser traspasados a las cuen-

tas corrientes de sus familiares directos, porque él prefiere dejar avanzar libremente a su enfermedad hasta la muerte. Si el principio de la prudencia se basa en responsabilizar a las personas por sus elecciones y por sus convicciones éticas, no parece que se le pudiera negar a ese ciudadano su petición.[26]

Conclusión

En este artículo he introducido el tema del racionamiento como un hecho al que debe hacer frente una teoría de la justicia distributiva. En este sentido, el derecho a la atención médica debe ser revisado o reinterpretado a la luz de la necesidad de priorizar. También he analizado los inconvenientes éticos de los criterios utilitaristas y de los libertarianistas en su intento de dar solución al racionamiento. Finalmente, he resaltado los aspectos éticos más inadecuados de la propuesta dworkiniana, bajo la objeción general de que se equivoca en su intento de condicionar la equidad a la responsabilidad individual. En términos de necesidad sanitaria, las personas difícilmente nos vemos en disposición de calcular el valor exacto que concedemos a la salud antes de perderla y, en consecuencia, lo que estamos dispuestos a sacrificar por recuperarla. Si hay que racionar los recursos sanitarios, habrá que buscar una solución que exija de cada individuo un sacrificio personal para poder obtener el tratamiento deseado, pero no creo que ese sacrificio deba plantearse en términos de responsabilidad individual solamente. Existen otras alternativas. Por ejemplo, priorizar los tratamientos más caros a las personas con menos recursos si es posible que las que tienen más recursos puedan costearse parte de las intervenciones que requieren. El principio rawlsiano de la diferencia, bien entendido, podría ser utilizado aquí como criterio general.[27] En cualquier caso, la discusión sobre la validez de los principios que deben regular el racionamiento sanitario no ha hecho más que comenzar.

---

[26] Pongamos otro ejemplo, esta vez de McLahlan. Este autor se pregunta si los individuos que optan por la virginidad están obligados a contribuir por igual en la financiación de la sanidad pública que, entre otras prestaciones, incluye los tratamientos a enfermedades de transmisión sexual. Para MacLahlan, los individuos que responsablemente no asumen determinados riesgos de contraer enfermedades, merecerían una rebaja en sus contribuciones económicas. Véase MacLahlan, «Smokers, virgins, equity and health care costs», *Journal of Medical Ethics*, n. 21, 1995.

[27] Los argumentos que avalan una propuesta por la línea de aplicar el principio rawlsiano de la diferencia están recogidos, en una primera versión, en A. Puyol, «Etica y prioridades en la atención sanitaria», *XIX Jornadas de la Asociación de Economía de la Salud*, Zaragoza, junio de 1999, pp. 85-95.

François Ost y Mark van Hoecke

«DEL CONTRATO A LA TRANSMISIÓN. SOBRE LA RESPONSABILIDAD HACIA LAS GENERACIONES FUTURAS»

DOXA 22 (1999)

DEL CONTRATO A LA TRANSMISIÓN. SOBRE LA RESPONSABILIDAD HACIA LAS GENERACIONES FUTURAS

François Ost y Mark van Hoecke
Academia Europea de Teoría del Derecho (Bruselas)

Una de las mayores dificultades para la protección del medio ambiente tiene que ver con el uso de diferentes escalas temporales: una temporalidad corta, o incluso muy corta, para los proyectos políticos y las previsiones jurídicas, y una temporalidad larga, o incluso muy larga, para los ciclos y procesos ecológicos. Sin embargo, la idea que hoy se ha impuesto es que la protección del medio ambiente es una cuestión a largo plazo, lo que implica importantes modificaciones en nuestros paradigmas: el economista aprende a razonar en términos de desarrollo sostenible, el jurista habla de transmitir un patrimonio, el moralista se refiere a la responsabilidad hacia las generaciones futuras.

Un reajuste tan fundamental de nuestra manera de ver las cosas necesita una buena base filosófica y tomar en cuenta sus efectos. No obstante, aparecen al menos dos grandes obstáculos generados por la toma en consideración del futuro en los planos ético, jurídico y político (al margen de las dificultades ligadas a las incertidumbres inherentes a la predicción del futuro). Por un lado, está el problema de las implicaciones del modelo ético «*contractualista*», que sólo reconoce obligaciones entre sujetos aproximadamente iguales e implicados en relaciones de intercambio recíprocamente obligatorias; aquí la cuestión es cómo extender la comunidad ética de modo que incluya sujetos que todavía no existen, respecto a los cuales estamos en una relación totalmente asimétrica. Por otro lado, está el problema de la «*miopía temporal*» de nuestra era, que presenta al mismo tiempo amnesia respecto al pasado, incluso respecto al pasado reciente, e incapacidad para proyectarnos en un futuro con sentido. Es de la discusión de estos dos obstáculos de lo que aquí nos ocuparemos.

1. El obstáculo contractualista

Al menos desde la modernidad, las cuestiones de justicia han sido pensadas en términos de contrato, de simetría y de reciprocidad. Es lo que Hu-

me llamaba las «circunstancias de la justicia»: un medio ambiente caracterizado por la relativa escasez de los bienes disponibles, una sociedad compuesta por personas cuyo altruismo es moderado y cuyas fuerzas son relativamente iguales. En tal contexto, es racional y prudente aceptar ciertas limitaciones a nuestra libertad con el fin de garantizar la seguridad física y material de nuestra existencia. El resto de la historia es bien conocido: se imagina un gran contrato social para fundar la sociedad política y se celebran una multitud de contratos privados para garantizar el respeto y, si es posible, el incremento de la propiedad. El ideal de reciprocidad irradia en el conjunto del campo ético; toma formas tan variadas como la idea de equidad, el respeto a la palabra dada, o incluso la práctica mutualista. En esta tradición, la moral tiene por objeto ofrecernos buenas razones para abstenernos de dañar a todos aquéllos que, en virtud de su igualdad aproximada, podrían constituir un peligro para nosotros. Desde este punto de vista, la cuestión de las generaciones futuras queda excluida del ámbito de la ética, ya que tales generaciones son incapaces de afectarnos en absoluto. El contractualismo constituye entonces un obstáculo para concebir las obligaciones respecto a las naciones pobres y lejanas y, *a fortiori*, respecto a las generaciones futuras [1].

Es interesante constatar que las dos teorías contemporáneas, la de J. Rawls y la de J. Habermas, que han intentado redefinir las condiciones iniciales para una discusión equitativa de las normas y principios válidos de justicia han sido incapaces de liberarse del modelo de la reciprocidad, de modo que no logran ofrecer una respuesta satisfactoria para fundamentar la idea de responsabilidades hacia las generaciones futuras. En la obra de Rawls, los negociadores situados en la posición originaria bajo el velo de la ignorancia son contemporáneos: los principios sobre los cuales se basa su acuerdo son, por ello, concebidos «para su propia ventaja mutua» como principios de cooperación racional entre personas aproximadamente iguales. Se incluye un principio de ahorro, pero limitado a las necesidades previsibles de las dos generaciones siguientes (la de sus hijos y la de sus nietos), que son de las que cada generación se preocupa espontáneamente [2]. Si no se incluyen en la negociación representantes de todas las generaciones, se compromete seria-

[1] Cf. B. BARRY, *Justice between Generations*, en *Law, Morality and Society. Essays in Honour of H.L.A. Hart*, Oxford, 1979, p. 272; idem., *Circumstances of Justice and Future Generations*, en *Obligations to Future Generations*, ed. por R.I. Sikora & B. Barry, Philadelphia, 1978, pp. 204 y ss.; idem, *Justice as Reciprocity*, en *Justice*, E. Kamenka & A. Erh-Soon Tay (eds.), Londres, 1979, pp. 50 y ss.

[2] J. RAWLS, *Théorie de la justice*, trad. por C. Audard, París, 1987, pp. 324 y ss.; para una discusión sobre este punto, véase B. BARRY, *Circumstances of Justice..., op. cit.*, pp. 228 y ss.; idem, Theories of Justice, vol. I, Londres, 1989, pp. 183 y ss. Sin embargo, debería ser obvio que la teoría de Rawls puede fácilmente incluir a las generaciones futuras, a condición de considerar que el «velo de la ignorancia» incluya también la ignorancia temporal, de modo

mente la pretensión de universalidad, incluso tal y como dicha pretensión se incluye en la teoría de Rawls, vista aquí en su aspecto kantiano. Del mismo modo, la preocupación por las generaciones futuras queda limitada a la cuestión de «transferencias justas» entre generaciones contiguas (generaciones entendidas como «grupos de edad», es decir, como categorías definidas por el período de vida en el que se encuentran: los jóvenes, los adultos y las personas mayores), prescindiendo de la cuestión de la «justa herencia» entre «cohortes» (generaciones entendidas esta vez como categorías de personas definidas por su fecha de nacimiento: en este sentido las «cohortes» pueden aludir a grupos a veces muy distantes unos de otros) [3].

La ética comunicativa de Habermas tiene también, como él mismo admite, dificultades para contestar a la pregunta que le plantea la ética ecológica: «¿Cómo una teoría que se limita al círculo de destinatarios capaces de hablar y de actuar puede aplicarse a la vulnerabilidad de una criatura muda?» [4]. Ante esta pregunta, formulada por él mismo, Habermas sólo encontrará dos vías de escape. En un pasaje se refiere a un «concepto estricto de la moral» acompañado de «una autocomprensión modesta de la teoría moral», limitándose a pensar en las condiciones de un procedimiento justo de negociación, mientras que deja a los negociadores a su propia intuición por lo que respecta a las exigencias de la vida buena [5]. En otro pasaje escribe que, respecto a la cuestión medioambiental, «las razones estéticas pesan en ciertos aspectos más que las razones éticas»: si las cosas de la naturaleza son tan vulnerables en su «inabordable virginidad», ¿no aparecerían entonces como «intocables» [6]?

Resulta obvio que la ética discursiva no está en condiciones de superar el desafío que le plantean las exigencias de preservación de las generaciones futuras [7]. La acción comunicativa presupone «relaciones fundamentales

---

que en el momento de decidir la distribución justa de bienes y recursos no se sepa en qué período de tiempo se ha nacido. Para un análisis de la posición de Rawls y el problema de la responsabilidad hacia las generaciones futuras: H.Ph. VISSER't HOOFT, *Justice to Future Generations and the Environment*, Law and Philosophy Library, vol. 40, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht/Boston/London, 1999, pp. 63-97. Este autor lleva a cabo varias observaciones de interés, sobre el problema de la justicia intergeneracional, usando las ideas de Rawls de mejor modo que el propio Rawls.

[3] Sobre la distinción entre la cuestión de «transferencia justa» entre «grupos de edad» y la cuestión de «herencia justa» entre «cohortes», cf. Ph. VAN PARIJS, *La justice entre générations*, en Wallonie, 1995-5, nº 41, pp. 7 y s.

[4] J. HABERMAS, *De l'éthique de la discussion*, trad. Por M. Hunyadi, París, 1992, p. 31.

[5] Ibid., pp. 31-32.

[6] Ibid., pp. 198-199.

[7] Cf. K.O. APEL, *L'éthique du discours comme éthique de la responsabilité: une transformation postmétaphysique de l'éthique Kantienne,* en *Revue de métaphysique et de morale*, nº 4, 1993, pp. 505-537; idem, *Éthique de la discussion*, trad. M. Hunyadi, París, 1994.

de reciprocidad» y, en este contexto, la integridad de la persona descansa sobre una «red de reconocimientos simétricos» entre los miembros de una misma comunidad[8]. Mientras que las relaciones de responsabilidad entre las generaciones presentes y futuras se caracterizan por una falta completa de simetría, el ideal de comunidad comunicativa propuesto por Habermas presupone lo contrario, la perfecta reversibilidad del criterio de validez formulado por los sujetos razonables que toman parte en la deliberación[9]. A decir verdad, éstos son los dos principios fundamentales de la ética comunicativa que vamos a polemizar aquí. El principio de la discusión (el principio «D»), que establece que sólo pueden pretender la validez aquellas normas capaces de conseguir el acuerdo del conjunto de los participantes en la discusión práctica, no parece dar cabida a los intereses de las personas no representadas, y especialmente de las generaciones pasadas y futuras. De modo similar, el principio de universalización (el principio «U») es también problematizado, ya que establece que para que una norma sea válida, sus consecuencias y sus previsibles efectos secundarios deben poder ser aceptados por todos sin restricciones. Pero nadie ignora que la problemática ecológica implica precisamente la dificultad de prever las consecuencias a largo plazo de algunas de nuestras políticas actuales, que pueden llegar a ser catastróficas.

Parece entonces que, incluso reformulado en términos no mercantiles, el modelo contractualista-procedimental no está a la altura del desafío planteado por la responsabilidad hacia las generaciones futuras. Sin que sea necesario abandonar la idea de equilibrio o de igualdad, que se corresponde con una intuición ética tan profunda como tenaz, las ideas de contrato, de simetría y de reciprocidad exigen como mínimo ser seriamente repensadas. Nuestra hipótesis de trabajo es que el modelo de la transmisión que envuelve y desborda al del intercambio sinalagmático, puede ser de gran ayuda. Pero antes es necesario abordar un segundo obstáculo, relativo esta vez a la concepción del tiempo, «instantaneísta» y «simultaneísta», privilegiada por nuestra modernidad.

2. El obstáculo «instantaneísta»

Del mismo modo que la idea de reciprocidad, el modelo contractualista incluye la presuposición de que la historia comienza con la celebración de un contrato. Todo ocurre como si los negociadores, saliendo de un obscuro estado de naturaleza, escribieran la historia y fundaran la sociedad desde

[8] Ibid., p. 196.

[9] En este sentido, cf. J. GREISCH, Présentation, en H. JONAS, *Le principe responsabilité*, trad. por J. Greisch, París, 1990, p. 12.

una «*tabula rasa*», a partir del punto cero de la juridicidad que estaría constituido por el contrato a celebrar. Se perfila algo así como una fantasía de autocreación o de un principio absoluto; se trata indudablemente de una de las últimas consecuencias del individualismo moderno. Se corta claramente la transmisión, haciendo creer que es posible interrumpir la cadena de generaciones sucesivas, y se trata a las cuestiones de justicia según el eje horizontal de la simultaneidad, dejando de lado el eje vertical de la sucesión. Es como si a cada generación le correspondiera rehacer el mundo y redefinir completamente, a través de la mesa de negociación, las condiciones del intercambio justo.

Si retomamos las categorías de «espacio de la experiencia» y de «horizonte de expectativa» que P. Ricoeur toma de R. Koselleck, cuya interacción define, según este autor, el tiempo histórico [10] (es decir, el tiempo significativo, reapropiado por la cultura) –y si admitimos que «el espacio de la experiencia» recapitula el pasado con miras a encontrar recursos hermenéuticos para el presente y que «el horizonte de expectativa» abre un ámbito de superación en el que inscribir los proyectos para el futuro–, se podría lanzar la hipótesis de que, en la cultura contemporánea, esas dos categorías no cesan de distanciarse, dejando el presente cada vez más «vacío» y menos capaz de articular el pasado y el futuro con el propósito de trazar líneas de actuación que muestren el camino a seguir. Todo eso ocurre como si, con la aceleración siempre creciente de la historia y la creencia, siempre vivaz, de que los hombres son totalmente responsables de cada instante de esta historia, el «espacio de la experiencia» perdiera toda consistencia y pertinencia, mientras que el futuro apareciera cada vez más abierto e incierto. Entre los dos se abre entonces el presente, que es saturado, en compensación, con mensajes instantáneos que se transmiten en tiempo real: la simultaneidad, cada vez más compacta, de la comunicación es también tomada en cuenta para compensar lo que se pierde en términos de inserción en un período significativo de tiempo. A causa de la falta de un vínculo vivo entre el pasado y el futuro, cada referencia a la tradición es condenada a aparecer como rigidez ideológica, si no fundamentalismo agresivo; mientras que la formulación de proyectos para el futuro sólo se da bajo la depreciada forma de la utopía.

Esta situación cultural no está exenta de consecuencias para nuestra problemática. Ella vuelve difícilmente aceptable la idea de que la generación presente pueda ser afectada por las generaciones pasadas y por las futuras. Si cada generación se auto-instituye, si cada época, o incluso cada instante, sólo se funda sobre sí mismo, ¿qué tipo de deudas o créditos podemos ha-

[10] P. RICOEUR, *Temps et récit*, T. III, París, 1985, p. 302.

cer valer respecto a nuestros predecesores y sucesores? Esta «miopía temporal» compromete radicalmente la discusión de las responsabilidades hacia las generaciones futuras. Como señala John O'Neill, la mayor parte de las teorías morales, incluso aquéllas que parecen las mejor intencionadas respecto a las generaciones futuras, se encuentran afectadas por este presupuesto: nuestros sucesores no pueden afectarnos de ningún modo; no sabrían ni perjudicarnos, ni favorecernos [11]. Habrá quienes extraigan la consecuencia lógica de que, al no participar en la misma comunidad ética, no se tiene ningún tipo de deber hacia ellas. Otros, preocupados al menos por no comprometer el futuro, intentarán establecer responsabilidades a este respecto, pero como si se tratara de personas radicalmente ajenas o diferentes. Se formulan entonces deberes, pero bajo la forma de normas puramente abstractas en el mundo congelado de la especulación racional; a veces de modo francamente insólito, como en ciertos raciocinios utilitaristas relativos a la incidencia de la decisión de procrear en la suma o la media de bienestar global de las generaciones futuras destinadas a vivir en un medio ambiente afectado él mismo por la cantidad de población futura [12]. Todo esto parece expresar una pérdida completa del sentido de la comunidad temporal que vincula entre sí a las generaciones; el bien de cada generación, la felicidad que puede esperar, es una cuestión puramente local y contingente, no tiene nada que ver ni con las generaciones pasadas ni con las futuras; por el contrario, no tiene ningún deber a su respecto (salvo, como hemos dicho, en el caso de las teorías que intentan fundamentar obligaciones que son puramente impersonales, privadas de cualquier tipo de vínculo con un sentido vivo de la transmisión). En este contexto, hay un gran riesgo de que cada generación adopte por su cuenta, y esta vez en el plano temporal, el comportamiento irresponsable que describe Hardin en «The Tragedy of Commons»: liberados de las ataduras de la solidaridad histórica, cada uno tendrá sin duda la tentación de maximizar sus beneficios sin demasiada preocupación por el futuro, o incluso cargando sobre las generaciones siguientes las consecuencias de los riesgos, los préstamos, la contaminación y la disminución de los recursos [13].

---

[11] J. O'NEILL, *Ecology, Policy and Politics*, Londres, 1993, pp. 27 y ss.

[12] Cf., por ejemplo, D. BIRNBACHER, *La responsabilité à l'égard des générations futures*, trad. por O. Mannoni, París, 1994, pp. 90 y ss.; cf. también el «problema de no-identidad» discutido por D. PARFIT (*Reasons and Persons*, Oxford, 1984, pp. 351-379): adoptar una política ecológica desastrosa no afecta a nadie en particular, ya que, en virtud de la propia elección, el número y la identidad de las personas futuras se encuentran automáticamente modificados.

[13] G. HARDIN, *The Tragedy of Commons*, en G. Hardin y J. Baden (eds.), *Managing the Commons*, San Francisco, 1977.

Este catastrófico escenario no es, sin embargo, ineludible. El aislamiento temporal, en el que a cada generación le gustaría verse envuelta, es desmentido por un hecho evidente que implica al menos a tres generaciones, la de los adultos, la de los niños y la de las personas mayores, cuyas necesidades, contribuciones y visiones del mundo tienden, por tanto, a enlazarse al menos parcialmente. Este dato antropológico natural tiene el mérito de concretar y de volver de alguna forma tangible la intuición ética más abstracta de la cadena histórica de generaciones y de la interacción de lo que llamamos «el espacio de la experiencia» y «el horizonte de expectativa». En la actitud que manifiesta la generación de los adultos hacia los más jóvenes y los más viejos se comprueba la credibilidad de las políticas y de los valores adoptados (o no) respecto a las generaciones más alejadas. La cuestión de las «transferencias justas», sin ser necesariamente lo mismo que la «herencia justa», obliga al menos a la generación adulta a salir de su autarquía y preguntarse qué papel pretende desempeñar en la lógica de la transmisión.

3. Otra perspectiva: la transmisión intergeneracional

Resumamos. La responsabilidad hacia las generaciones futuras sólo puede fundamentarse si se superan dos obstáculos: la idea de que sólo se justifican las obligaciones recíprocas y aceptadas por cada una de las personas afectadas (contractualismo) y la presuposición según la cual las generaciones lejanas no pueden afectarnos en absoluto (instantaneismo). Hay, por supuesto, autores que han intentado esquivar estos dos obstáculos, pero provocando a su vez otros problemas. Pensamos, por ejemplo, en Hans Jonas, quien, consciente de esos dos límites de lo que él llama las morales tradicionales, pretende basar su nuevo imperativo categórico («hacer que el futuro sea»; reformulación de la pregunta de Leibniz: «¿Por qué es necesario que algo sea más que nada?») en una ontología de la vida: el hecho mismo de la existencia de la vida crea la obligación de que ella exista. Esta tesis plantea importantes cuestiones filosóficas que no abordaremos aquí [14]. Nuestra estrategia es diferente: queremos abordar de frente los dos obstáculos descritos, argumentando, en una perspectiva que resulte claramente humanista, a favor de una extensión del ámbito ético y jurídico a las generaciones futuras, partiendo para ello de la naturaleza de la propia humanidad. Nuestra tesis es que, por muy legítima que sea la reivindicación de au-

[14] Para una discusión desde un punto de vista fundamentalmente negativo, cf. J.M. FERRY, *Les puissances de l'expérience*, T. I, París, 1991, pp. 9 y ss.; y desde un punto de vista más positivo, cf. P. RICOEUR, *La responsabilité et la fragilité de la vie*, en *Le messager européen*, 1991, nº 5, pp. 203 y ss.

tonomía y de individualidad, no sería nada, o no gran cosa, fuera de la cadena de las generaciones. De este modo, la intersubjetividad de las interacciones lingüísticas es el primer y fundamental indicio, con la condición de entenderlo tanto como práctica horizontal de la comunicación, como norma vertical de la transmisión.

Habrá entonces que demostrar que los seres humanos están constituidos de tal manera, incluyendo sus demandas justificadas de autonomía, que exigen existir en un período de tiempo histórico el cual no termina ni con el individuo ni con la generación del individuo. Una vez que se establece esto, se siguen dos importantes consecuencias. La primera es que la categoría del contrato, omnipresente en nuestras figuras de legitimidad, podrá dar paso a la categoría de la responsabilidad, de manera que se pueda liberar de la sujeción de la simetría de las relaciones bilaterales de intercambio. La igualdad de principio de cada generación (y de cada uno de sus miembros) se establecerá, cualquiera que sea su situación en la cadena genealógica, de modo que se les reconozca un igual derecho de acceso a los recursos naturales. La idea de transmisión de un patrimonio se substituirá así por el modelo de intercambio comunicativo. Haciendo esto se restablecerá un modo de equilibrio en el núcleo mismo de una situación necesariamente asimétrica: la transitividad de la deuda (exigida o reconocida) entre generaciones sucesivas reemplazará a la igualdad compensatoria inherente a las relaciones mutuamente vinculantes entre contemporáneos. Desde esta perspectiva, propondremos una reinterpretación de la «regla de oro» ética. A continuación será posible derivar una segunda consecuencia de nuestra tesis inicial: una rehabilitación del tiempo histórico que, restaurando una relación de fecundidad recíproca del pasado («espacio de la experiencia») y del futuro («horizonte de expectativa»), será capaz –esperamos– de superar el obstáculo «instantaneísta».

El núcleo de nuestra argumentación consiste entonces en mostrar que es a partir de lo que el hombre es en sí mismo, y no de cualquier otro requisito exterior (la razón utilitarista, las exigencias de la vida, un mandamiento de Dios...), de lo que se hace valer el cuidado de las generaciones futuras. Quizás el concepto kantiano de humanidad es la mejor expresión de esta intuición. Como es sabido, los seres humanos son, para Kant, dignos de respeto en la medida en que son autónomos o, mejor dicho, al mismo tiempo sujeto y objeto de la ley moral. Esa es su *humanidad*: lo que hay en ellos de específicamente humanos, la facultad de determinarse en términos de la ley moral. El más alto imperativo, formulado en la segunda versión del imperativo categórico, consiste precisamente en respetar incondicionalmente esta humanidad («actúa de tal modo que trates a la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre al mismo tiempo como

un fin, y nunca sólo como un medio» [15]. Sin embargo, esta idea de humanidad no se limita en Kant al sujeto autónomo (que sería entonces autosuficiente, autárquico), sino que abarca también a la Humanidad con mayúscula, al conjunto de la raza humana, cuya tarea en la perspectiva histórica del «reino de los fines» es lograr finalmente su humanidad. La conquista por el hombre de su propia *humanidad* supone entonces una progresión indefinida que se encuentra al mismo tiempo indeterminada, en la medida en que se entiende como «perfectibilidad» ajena a la realización de todo modelo predeterminado, y determinada, en la medida en que es parte de un progreso continuo a través de las sucesivas generaciones. Desde este punto de vista, puede decirse que la *humanidad* de la Humanidad se define por el proyecto que ella misma se da; un plan que sólo tiene sentido cuando se extrapola en un futuro sin duda lejano y que se basa, por ello, en la colaboración de los que vendrán después. En contra de Mendelssohn, que considera una «quimera» la idea de que con el paso del tiempo la humanidad siempre se perfeccione, Kant sostiene la tesis de un progreso constante (aunque ocasionalmente interrumpido) en el desarrollo de la moralidad. «Me baso –escribe– en el deber inherente a cada miembro de las generaciones sucesivas de procurar que la posteridad no cese de mejorarse y de que, de este modo, este deber se transmita regularmente de un miembro a otro de las diferentes generaciones» [16]. En Kant esta «esperanza de tiempos mejores» se nutre de la afirmación de ese deber que, a su vez, «inflama el corazón humano» [17]; de este modo, el principio de «esperanza» y el principio de «responsabilidad», lejos de ser mutuamente exclusivos (como en ciertos pasajes de la obra de H. Jonas), tienden por el contrario a reforzarse mutuamente. Eso sin contar que además Kant apuesta por una especie de «ardid de la razón» para llevar a los hombres a tomar, a veces incluso a su pesar, el camino del deber: de este modo se ha pasado, en las relaciones interindividuales, del estado de naturaleza a la sociedad civil por medio del contrato social. Similarmente, las relaciones entre naciones pasarán del estado de guerra actual, a un régimen basado en una federación global bajo una constitución cosmopolita [18]. «El amor que cada generación se profesa a sí misma» servirá para establecer una paz universal [19]. El respeto del contemporáneo por su propia humanidad es entonces la mejor garantía para la toma en consideración de los lejanos sucesores.

---

[15] E. KANT, *Fondament de la métaphysique des moeurs*, París, 1971, p. 150.

[16] E. KANT, *Sur l'expression: «Il se peut que ce soit juste en théorie, mais en pratique cela ne vaut rien»*, trad. L. Guillermit, París, 1967, p. 53.

[17] Ibidem, p. 54.

[18] Ibidem, p. 57.

[19] Ibidem, p. 59.

Se podría mostrar, aunque no es nuestro propósito, cuánto conserva este análisis de filosofía moral de las enseñanzas del psicoanálisis respecto a la condición humana. Condición que tiene sus orígenes en el endeudamiento (para la vida y la sucesión) y que se desarrolla en el modo en el que, como donantes, asumimos y transmitimos la herencia (al mismo tiempo, un regalo y una carencia) que hemos recibido de acuerdo con una lógica compleja e intemporal, para la cual dar es siempre, de alguna manera, recibir, y recibir es también dar en devolución [20].

Estas breves indicaciones nos deberían permitir superar los obstáculos «contractualista» e «instantaneísta» para el establecimiento de una responsabilidad hacia las generaciones futuras. Por un lado, permiten pensar las cuestiones de justicia social en un cuadro más amplio y más realista que el del simple intercambio contractual. Concebir la justicia a partir únicamente del modelo del contrato es, en algún sentido, tomar en cuenta el curso de la historia de un modo puramente abstracto, para el que sólo habría adultos surgidos de la nada buscando maximizar sus intereses respectivos según una lógica puramente contable y sin tener que rendir cuentas a nadie, como si la historia fuera a terminarse al final de la partida. Por otro lado, tanto la mayor especulación moral (Kant) como el estudio más realista de la psique humana nos llevan a ampliar este modelo inscribiéndolo en el largo proceso de la transmisión.

Hay, sin embargo, una intuición inherente al modelo contractual que querríamos salvar: la exigencia de igualdad. El deseo de ser tratados de manera igual es posiblemente inherente (a excepción del heroísmo o la santidad, que desbordan el ámbito de la ética) a la idea de justicia en todas sus formas. Pero la cuestión es que esta igualdad no puede limitarse al equilibrio de prestaciones bilaterales suministradas por partes contratantes próximas y contemporáneas, sino que toma la forma de prestaciones diferenciadas en el tiempo, e intenta realizarse bajo figuras aparentemente tan desinteresadas como la de la donación y del auxilio, pudiendo afectar a terceros que, a primera vista, no tienen nada que ver con la obligación estipulada inicialmente. Aunque no podemos ofrecer aquí una completa descripción de las distintas formas que esta circulación de endeudamiento puede asumir en la red de la humanidad (entendida intergeneracionalmente), subrayaremos al menos la idea de que, en la mayoría de los casos, la transitividad de la obligación es en sí misma perfectamente capaz de satisfacer la exigencia de igualdad en situaciones caracterizadas por la asimetría, del mismo modo que la reciprocidad de las prestaciones lo hace en las situaciones simétricas.

[20] F. BLOCH, M. BUISSON, *La circulation du don entre générations, ou comment reçoit-on?*, en *Communications*, nº 59, 1994 (*Générations et filiation*), pp. 55 y ss.

¿Qué razón puede haber para limitar la esfera ética a las situaciones simétricas, si éstas constituyen, sin duda, sólo uno de los diferentes tipos de interacción humana? ¿Habrá marcado el modelo del mercado nuestra visión del mundo hasta tal extremo que tengamos serias dificultades para imaginar el intercambio humano en otros términos?

La idea de responsabilidad hacia las generaciones futuras nos parecerá menos incongruente si recordamos que, gracias a la transitividad inherente a la práctica de la transmisión, se restablece una forma de igualdad de las prestaciones -una igualdad ciertamente diferenciada en el tiempo y que se realiza entre personas diferentes, pero que parece acorde con las situaciones más corrientes caracterizadas por la diferencia de posición entre los protagonistas. En el modelo del contrato, las prestaciones se equilibran entre A y B; si tal equilibrio se logra, se hablará de justicia conmutativa. Se configurará un modelo en bucle para sellar el intercambio ente A y B: se habrá formado una «burbuja social» de la que se podrá admirar la puridad. Pero este modelo es en realidad excepcional, la mayor parte de interacciones humanas se producen sobre todo en una «cadena abierta», cuyo propósito no es tanto producir eslabones separados («burbujas» contractuales), como establecer las conexiones entre ellos. La lógica de la transitividad parte entonces de la lógica de la reciprocidad: un equivalente de lo que B ha recibido de A se transmite a C, quien a su vez lo transmite a D. Bien se trate de la problemática de las transferencias justas entre clases de edad o de la justa herencia entre cohortes, es en estos términos en los que se configura la exigencia de justicia intergeneracional. Un autor como Ph. van Parijs considera, por ejemplo, que el criterio de herencia justa es que el «potencial productivo dejado por la generación presente sea al menos igual al que le había sido legado por la generación precedente» [21]; por lo que se refiere al criterio de transferencia justa, éste se basa más en la idea de solidaridad que en la de equilibrio conmutativo: el objetivo es dar a nuestros hijos el equivalente a lo que nosotros mismos recibimos de la generación adulta cuando éramos niños (y no tanto darles lo que recibiremos de ellos más tarde). Del mismo modo, lo que determina el monto de nuestra obligación respecto a las personas mayores es lo que, en su tiempo, hicieron ellos mismos por sus mayores (más que compensar lo que ellos hicieron por nosotros cuando éramos niños) [22].

Desde luego esto no implica negar las numerosas dificultades que se crearán con la introducción de esos criterios. Lo que importa en este punto de nuestra discusión es adoptar un tipo de razonamiento que oriente el de-

[21] Ph. VAN PARIJS, *op. cit.*, p. 9.

[22] Ibid., pp. 9-10.

bate ético con miras a ofrecer un fundamento razonado para la responsabilidad hacia las generaciones futuras. Lo que queremos sostener es que la asunción de responsabilidad hacia los más débiles (niños, personas mayores, generaciones futuras) no implica inscribirse en el intercambio contractual, ni endosar una obligación absolutamente unilateral, y por tanto heroica, sino simplemente situarse en la red de la transitividad constitutiva de la condición humana. Al mismo tiempo se salvaguarda una exigencia esencial de la modernidad: la reivindicación de la autonomía y de la igualdad del sujeto moral. Se puede mostrar, en efecto, que la lógica de la transmisión que hemos evocado se inscribe, para un autor como Van Parijs, en una teoría moral que se dirige a asegurar que los recursos se repartan de modo que la libertad real de los que tienen menos sea la mayor posible [23]. Para un autor como B. Barry, el criterio de «igual acceso de todas las generaciones a los recursos naturales» es muy similar al que aquí hemos discutido y se apoya en su afirmación principialista de la igualdad entre todas las generaciones (*justicia como «igual oportunidad»*) [24]. En línea con el concepto kantiano de humanidad, es la idea de igual dignidad de todo ser humano (en sus dos sentidos de libertad real y de igualdad), independientemente de cuál sea su posición en la cadena de las generaciones, la que subyace a la lógica de la transmisión. Es importante subrayar este punto –sobre el que volveremos– para eliminar aquellas interpretaciones de la transmisión según las cuales ésta implica una reducción de la autonomía de los donantes, del mismo modo que ocurre en algunas situaciones familiares alienantes y virtualmente patógenas. Al rechazar hacer uso de algún tipo de «derecho a nacer» respecto a las generaciones futuras, lo que estamos intentando, más que imponer un futuro dado, es mantener el más amplio espectro de posibilidades.

En defensa de este intento de desplazar la lógica de la estricta equivalencia, se podría todavía evocar la famosa «regla de oro» de la ética, al menos como ha sido reinterpretada por P. Ricoeur sobre la base del mandamiento de amar al enemigo. A primera vista, la antinomia entre las dos normas es profunda: por un lado, la regla de oro («no hagas a los otros lo que no quieras que te hagan a ti», «haz a los otros lo que quieres que te hagan a ti»), que parece formar parte de la lógica de la reciprocidad; y por otro lado el mandamiento de amar al enemigo, que refleja una forma de predisposición hacia la donación y que apunta hacia una lógica (¿locura?) de amor metaético. ¿Pero se reduce realmente la regla de oro a la reciprocidad de las relaciones de igualdad? Se observará de entrada que ella conduce a una situación asimétrica: el agente al cual se dirige parece en una posición de

[23] Ph. VAN PARIJS, *Real Freedom for All*, Oxford, 1995.

[24] B. BARRY, *Justice as Reciprocity, op. cit.*, pp. 76 y ss.

fuerza, capaz de causar un perjuicio grave al paciente. El objetivo de la máxima es entonces detener la fuerza del agente en consideración de la situación del otro, en cuyo lugar se le invita a situarse. ¿Es esto sólo una llamada a la prudencia? Se trataría en ese caso de abstenerse de perjudicar porque, quizá mañana, podría él mismo ocupar el lugar del paciente. Se subraya así la reversibilidad de la condición humana. Se trata sin duda de la interpretación más restrictiva de la regla de oro, que induce ciertamente a un mínimo de responsabilidad, pero se trata de una responsabilidad que sólo concierne a los que podrían dañarme (estar mañana en mi lugar) y ello se justifica sólo por una motivación utilitarista. No se escapa entonces del «*do ut des*»: es con el objetivo de conseguir un eventual beneficio para el mañana por lo que hoy ayudo a otro. Al fin y al cabo según esta primera interpretación, no nos hemos liberado de la vieja ley del talión, que es la forma más rudimentaria de la justicia conmutativa [25].

Pero no está prohibido dar a la regla de oro una interpretación más generosa, inspirada en el mandamiento de amar al enemigo. Esta vez no se trata de dar *para* recibir, o de complacer para ser complacido, sino de dar *porque* ya se ha recibido [26]. Así interpretada, la máxima se libera de sus connotaciones utilitaristas, o regresivas (la ley del talión), y resulta aplicable a toda persona participante, incluso virtualmente, en la condición humana común, aunque todavía no esté en condiciones de afectarme (o aunque nunca lo llegue a estar en el sentido empírico del término). En este caso, el desplazamiento exigido por la máxima (ponerse en el lugar del paciente) será completo y desinteresado. Ya no se limita a las estrictas condiciones de la reversibilidad empírica (todos los casos figurativos en que uno pudiera, realmente esta vez, aceptar el rol del débil), sino que invita a asumir la humanidad del otro en toda su diferencia. Sin duda tal desplazamiento sólo es humanamente practicable en un clima de confianza engendrado por la prioridad de un amor ya recibido, según la lógica de la transmisión que encontramos aquí. Esta prioridad de la donación sobre la obligación establece una forma de reciprocidad en un contexto marcado por la asimetría, que vuelve así más aceptable la responsabilidad. En otro texto, Ricoeur señala el parentesco entre la máxima así interpretada y la segunda formulación del imperativo categórico kantiano («tratar a la humanidad en tu persona como en la persona de cualquier otro siempre como un fin y no como un medio») [27]:

---

[25] Es interesante notar que en Lucas VI, 32-34, Jesús que, en ese contexto, compara el mandamiento del amor (Lucas VI, 27) con la regla de oro (Lucas VI, 31), condena firmemente esta interpretación «utilitarista» de la regla de oro. «Si dais lo que esperais recibir, ¿qué gracias tenéis?»

[26] P. RICOEUR, *Amour et justice*, Tübingen, 1990, p. 58.

[27] P. RICOEUR, *Soi-même comme un autre*, París, 1990, p. 225.

el respeto de mi propia humanidad pasa por el respeto de la de los otros (incluso los muertos, los que no han nacido y los totalmente dependientes). No se trata de una simple cuestión de interés, sino de respeto a la ley moral: actuar al margen de la cadena de la transmisión, como si fuera el primer o último hombre, es situarme al margen de la humanidad, es comprometer mi propia humanidad. La reciprocidad aquí evocada no es del tipo de donante-donante, ya que el contexto es asimétrico. Dicho más básicamente, recuerda que el hombre privado de humanidad no es nada. Generalizando este análisis, Ricoeur concluirá que la regla de justicia (entendida como formalización de la regla de oro) oscila permanentemente entre esas dos interpretaciones: de la competencia entre intereses rivales que intentan extraer el máximo beneficio en los límites del principio de equivalencia, al otro extremo de la búsqueda de una auténtica cooperación «que llega hasta admitir estar en deuda unos con otros» [28].

Ahora queda mostrar cómo proponemos superar el obstáculo que hemos llamado «instantaneísta». Todo lo que precede debería facilitarnos el trabajo. Ya hemos insistido en el hecho de que cada generación no aparezca «como un solo hombre» en el escenario de la historia, ni tampoco que la deje «en bloque». En ningún momento nos asiste una definición, *tabula rasa*, de las condiciones de la vida en sociedad. Tres generaciones cohabitan, cuyos deseos, temores, ideas y valores están al menos parcialmente interconectados. Esta interacción es la contraparte visible y concebible del vínculo que existe a gran escala y de manera más difusa entre las generaciones alejadas.

Lo que ahora querríamos subrayar es que esta situación, en tanto que sea reconocida y asumida, implica un «desplazamiento» general del pasado y el futuro, involucrándose ambos, a través del crisol de nuestras elecciones en el presente, en una articulación viva cuyo sentido no cesa de reelaborarse. Desde este punto de vista, la historia ya no se comprende como la crónica, lineal y fija, de los eventos que se suceden empujándose unos a otros hacia las lagunas de la memoria. Aparece sobre todo como una reinterpretación permanente –a la vez actuada y pensada– del pasado en términos de una reapropiación que se dirige a forjar los núcleos de sentido necesarios para la construcción del presente. Si recordamos las categorías de «espacio de la experiencia» y «horizonte de expectativa», podríamos decir que los datos de la memoria y de la experiencia son continuamente movilizados y reinterpretados en función de las expectativas del mañana, lo que al mismo tiempo confiere un futuro para el pasado y raíces para el futuro. Todo sucede entonces como si el pasado fuera menos cerrado y definitivo que lo que tendemos a creer, y como si todavía hubiera recursos que explorar que arroja-

[28] P. RICOEUR, *Amour et justice, op. cit.*, p. 60.

ran, retrospectivamente, una nueva luz; mientras que a la inversa, el futuro aparece menos indeterminado que lo que podría creerse, trazándose caminos proyectados por la experiencia del pasado. En beneficio de esta dialéctica temporal, la memoria podrá liberarse de las estrictas tradiciones muertas y de la crispación de los fundamentalismos ideológicos, mientras que a la inversa y por lo que respecta al futuro, la idea de progreso podrá recuperar su connotación de esperanza, siendo reconectada con una historia viva que se distinguirá de las imprecisas utopías [29].

Insistamos aún más sobre esto. Esta fecundación recíproca del futuro y del pasado es lo contrario a un modelo alienante. Su efecto más seguro es garantizar una producción continua de sentido; dicho de otro modo, una reserva de aperturas posibles para la acción y la reflexión. Lejos de encadenar a las generaciones futuras en no se sabe qué programa preestablecido, preserva una pluralidad de orientaciones que cada generación puede, a su vez, reorganizar y hacer más complejas. Se podría decir, según la bella expresión de F. Collin, que «la herencia es intestada» [30], o que si hay testamento, éste está abierto a tantas interpretaciones que el juego, lejos de terminarse, empieza completamente de nuevo.

A primera vista, todo esto podría parecer algo alejado de la problemática estricta de la responsabilidad hacia las generaciones futuras. En la literatura especializada en esta materia, se discute extensamente, por ejemplo, sobre las cuestiones técnicas de planificación y de cálculo de riesgos en situaciones de incertidumbre (¿qué podemos saber del resultado futuro de las decisiones que tomamos hoy?) [31]. Tales cuestiones son importantes y nos ocuparemos brevemente de ellas. Pero creemos que es mucho más importante restaurar primero el sentido de una comunidad intergeneracional, preguntándonos en qué condiciones nuestros predecesores, nuestros sucesores y nosotros mismos compartimos un destino común. Mientras no entendamos que lo que les ha ocurrido a ellos y lo que les ocurrió puede afectarnos hoy, las especulaciones sobre los efectos futuros de nuestras decisiones difícilmente serán algo más que un mero ejercicio académico.

---

[29] Sobre todo esto, cf. P. RICOEUR, *Temps et récit*, t. III, *op. cit.* p. 313.

[30] F. COLLIN, *Un héritage sans testament*, en *La société des femmes*, Les Cahiers du GRIF, Bruselas, 1992, pp. 109 y ss. (la expresión parece ser de René Char). La historia es a la vez continuidad y apertura; hay por tanto dos maneras de pararla: privándola de apertura, o negándole toda continuidad.

[31] De hecho, tenemos que admitir que cualquier concepción presente de (opciones para) un futuro es, por definición, determinada por nuestro conocimiento y visión del mundo actual. No se excluye que, después de todo, una opción que hoy parece ser la peor, se mostrará mañana como la mejor. Sólo las generaciones futuras serán capaces de juzgar si realmente tomamos las decisiones «correctas» o no.

4. Problemas de puesta en práctica

Supongamos que hemos superado los dos obstáculos, el «contractualista» y el «instantaneísta». La responsabilidad hacia las generaciones futuras es ahora concebible. Queda ponerla en práctica. En este punto surgen miles de cuestiones de las que sólo señalaremos algunas y sólo para sugerir modos de razonamientos susceptibles de ligar las cuestiones de ética fundamental y los problemas de ética aplicada.

La primera cuestión es relativa a la naturaleza precisa del patrimonio a transmitir a las generaciones futuras. J. Locke quien, como es sabido, justifica la apropiación privada de recursos públicos, establece sin embargo una condición a decir verdad extremadamente exigente: que queden recursos «suficientes e igualmente buenos» [32]. Estrictamente hablando, esta condición prohibiría consumir los recursos naturales no renovables. También Ph. Van Parijs prefiere razonar en términos de «potencial productivo», suponiendo que las compensaciones podrían llevarse a cabo entre recursos naturales y productos de sustitución generados por los progresos tecnológicos. Lo importante es que se transmita de una generación a otra un potencial productivo equivalente (el potencial productivo se define como la cantidad de riqueza producible con una determinada cantidad de trabajo). Pero el autor no esconde las numerosas dificultades de la aplicación de este criterio. En primer lugar, es posible que el progreso técnico y la apropiación de los recursos naturales implique un deterioro irreversible del medio ambiente, afectando seriamente a la calidad de vida (la «libertad real») de las generaciones futuras. La lógica de la compensación encuentra aquí su límite. Más aún, es posible que las decisiones tecnológicas adoptadas (la apuesta nuclear, por ejemplo) generen riesgos excesivos para nuestros sucesores, y si tales riesgos se convierten en reales ello supondría transferencias dispares seriamente negativas (también es posible que, siendo conscientes de tales riesgos, las generaciones futuras tuvieran que invertir considerables sumas en tal prevención). Finalmente, es posible que el confort que disfrutamos hoy sólo haya sido posible gracias a un uso constante de «préstamos», cuyo pago, una vez más, hemos diferido a nuestros sucesores. El criterio de transmisión de un «potencial productivo» equivalente, aunque correspondiente a una intuición ética válida, plantea gran cantidad de cuestiones [33]. Esto mismo es lo que pasa con la noción de «patrimonio», que es su equivalente jurídico [34].

---

[32] J. LOCKE, *Second Treatise on Civil Government* (*Deuxième traité du gouvernement civil*, trad. por B. Gilson, París, 1977, p. 93).

[33] Sobre todo esto, véase Ph. VAN PARIJS, *op. cit.*, pp. 9-11.

[34] Cf. F. OST, *La nature hors la loi. L'écologie à l'épreuve du droit*, París, 1995, pp. 306-337.

Tratar estas cuestiones implica aparentemente un ejercicio de futurología. Pero en este punto aparece un nuevo interrogante: si es verdad que tenemos «tanta responsabilidad como poder», ¿cómo determinar la extensión de ese poder y, en consecuencia, cómo se puede medir la amplitud de nuestras responsabilidades? ¿Cuál es el horizonte temporal apropiado para evaluar nuestras acciones? Más allá de un cierto punto, las incertidumbres se acumulan hasta el extremo de que los pronósticos serios se vuelven imposibles. ¿Deberíamos entonces volver a la regla elemental de prudencia que dice que debemos abstenernos de asumir cualquier riesgo irreversible que pueda, en un momento u otro, causar serios daños a nuestros sucesores? El problema sería entonces trazar una línea nítida entre lo reversible y lo irreversible.

Para responder a estas delicadas cuestiones, relacionadas con la dialéctica histórica de la que ya hemos hablado, hay que ocuparse de «dos modos de percepción deformada de la realidad: el escéptico y el utópico» [35]. En el primero, nada puede decirse del futuro, que se abandona a sí mismo; en el segundo, se asume que el futuro puede ser subyugado a nuestros pronósticos y programado a voluntad. El escéptico está completamente implicado en el momento presente, abandonando cualquier pretensión de predecir el futuro, en una actitud en la que el quietismo (sometido a la Providencia o al destino) es indudablemente confundido con el cinismo («*après nous le déluge*»). Por otro lado, el utópico pretende ser capaz de percibir «mañanas que funcionan», en cuyo nombre se cree estar autorizado a exigir –a veces por la fuerza– considerables renuncias en el presente; sobrestimando la pervivencia de los valores en que creemos, se imagina a sí mismo capaz de someter a las generaciones futuras a sus propias decisiones. Por supuesto, el futuro no es tan dócil como piensa; pero tampoco es totalmente imprevisible como cree el escéptico. La historia, repetimos, es al mismo tiempo continuidad y apertura, fruto de la dialéctica entre el «espacio de la experiencia» y el «horizonte de expectativa».

Esta sabiduría de la moderación en la apreciación del futuro podría igualmente servir de guía para la evaluación de las responsabilidades. La cuestión que aquí se plantea es la de saber en qué medida tener en cuenta los resultados colaterales inintencionales, los «efectos perversos» (los opuestos a aquello que se buscaba). Nos encontramos aquí con la cuestión de las consecuencias «previsibles» de la norma adoptada, las únicas consecuencias que, de acuerdo con Habermas, intervienen en el test de validez realizado por la discusión racional (cf. antes, el principio «U»). El problema es que los riesgos generados por la sociedad industrial son de una gra-

[35] D. BIRNBACHER, *op. cit.*, pp. 151 y ss.

vedad potencial tal que ya no podemos limitarnos a las consecuencias «previsibles» de nuestras decisiones. Sin embargo, ¿es posible calibrar totalmente nuestra acción en todas sus posibles consecuencias? El dilema de la responsabilidad podría por tanto expresarse como sigue: o no prestamos atención a ningún efecto colateral de nuestra acción, con el riesgo de ser deshonestos; o asumimos todas las posibles consecuencias de nuestra acción, con el riesgo de no ser capaces de actuar en absoluto [36]. En el primer caso, que está ligado a la actitud escéptica antes descrita, la responsabilidad es evaluada exclusivamente en términos de buena voluntad: la intención es lo único que cuenta y todas las consecuencias se atribuyen al azar. Llevado al límite, se roza la mala fe. En el segundo caso, por el contrario, se imputan al sujeto todos los efectos de su acción, incluyendo los que son opuestos a lo que originalmente pretendía. Curiosamente, como observa Ricoeur, esta actitud lleva tanto a considerar al sujeto responsable de nada (todo lo que puede hacer es esperar lo mejor) como de todo (la actitud terrorista que atribuye al sujeto histórico una culpabilidad universal) [37].

Entre la visión demasiado estricta de una responsabilidad limitada a los efectos previsibles de la acción y la visión demasiado amplia de una responsabilidad ilimitada, conviene adoptar una vía intermedia que reenvía, necesariamente, a las decisiones políticas y a los criterios jurídicos que la sociedad experimenta, con toda incertidumbre, en su práctica cotidiana. La técnica jurídica toma aquí el relevo a la intuición ética. Respecto al futuro, impone nuevas obligaciones, tales como la necesidad de fundar las decisiones en el conocimiento; éste sería el caso de los «estudios de impacto», cuyo propósito es evaluar los efectos a corto, medio y largo plazo de nuestros proyectos de aprovechamiento de medios naturales. Esta obligación estaría reforzada ahora por el nuevo principio de precaución que recomienda una actitud prudencial en los frecuentes casos en los que el experto científico es inconcluyente (la incertidumbre en cuanto al efecto de una determinada elección no puede servir como excusa para no proteger el medio ambiente). De un modo más general, el objetivo de todo el reciente Derecho medioambiental ha sido establecer una actitud preventiva basada en la prudencia: prevenir es mejor que curar, particularmente cuando el efecto de la enfermedad es potencialmente mortal. Es especialmente con este espíritu con el que se desarrolla una responsabilidad objetiva que pretende sobre todo indemnizar las consecuencias de los riesgos engendrados por una actividad peligrosa, y no tanto identificar a los culpables de un error previo. Ligado

[36] En este sentido, véase P. RICOEUR, *Le concept de responsabilité*, en P. Ricoeur, *Le juste*, París, 1995, p. 68.

[37] Ibid., p. 66.

al establecimiento de fondos de garantía y/o de seguros obligatorios, estos sistemas de responsabilidad objetiva pretenden asegurar una mejor cobertura de los riesgos industriales con un espíritu de solidaridad tanto entre profesionales como entre grupos de víctimas potenciales.

La dialéctica temporal que antes hemos descrito debería, sin embargo, ponernos en guardia: la idea no es que la práctica jurídica deba desaparecer en el futuro, que la idea de culpa se disuelva en el concepto técnico de riesgo, o que la idea de retribución personal deba perderse en una solidaridad aseguradamente anónima. En otras palabras: la responsabilidad, en el sentido clásico de imputación de una culpa previa al sujeto responsable que le exige responder con sus propios medios, mantiene su importancia incluso aunque su aplicación práctica, por lo que se refiere al daño medioambiental, siempre sea difícil. Sean cuáles sean las dificultades, sigue siendo necesario que la culpa reconocida sea castigada y, en este sentido, la re-examinación judicial de los sucesos pasados será en alguna medida instructiva para el incierto futuro que intentamos esbozar. La función del juicio conserva aquí todo su valor, no limitándose a saldar las cuentas del pasado; al determinar hoy (a propósito de hechos que pasaron ayer) dónde se encuentra la línea entre lo permitido y lo prohibido, el juicio nos ayuda a determinar nuestros «horizontes de expectativa» [38].

Por otra parte, la idea de responsabilidad incluye otro sentido (más allá de la responsabilidad retrospectiva de la culpa y de la responsabilidad prospectiva de la prevención), que está mucho más enraizada en el presente. Se trata de la responsabilidad como la asunción colectiva de los asuntos de la sociedad, particularmente en relación con el medio ambiente. Aquí el Derecho también interviene de diferentes modos para asegurar la participación en el proceso de toma de decisión de los ciudadanos individuales, las asociaciones, compañías y autoridades públicas. Es interesante observar a este respecto los importantes «derechos procedimentales» que los individuos y sus asociaciones han conseguido progresivamente, el derecho a la información, a la consulta y a las compensaciones jurídicas, y que permiten una mayor implicación en la toma de decisiones medioambientales.

Esto nos conduce a la práctica deliberativa de la negociación tal y como se desarrolla cotidianamente en el régimen democrático. Como conclusión, insistimos sobre esto: no hay, por supuesto, otra opción que la democracia para asumir las cuestiones antes descritas. En ninguna circunstancia, por ejemplo, puede el consejo de los expertos sustituir a la deliberación demo-

[38] Sobre esta dialéctica entre los diferentes aspectos de la responsabilidad, cf. F. OST, *La responsabilité, fil d'Ariane du droit de l'environnement*, en *Droit et Société*, 1995, nº 30-31, pp. 281-322.

crática, incluso aunque tal consejo sea obviamente indispensable para la discusión. Más aún, esperamos haber mostrado que este proceso de negociación, fatalmente ligado al presente, no debería ni limitarse únicamente al intercambio conmutativo, ni verse exclusivamente en el horizonte de la contemporaneidad. La lógica de la transmisión y de la dialéctica temporal debería ayudar a abrir perspectivas que incluyeran la idea de cuidado de las generaciones lejanas. A este respecto será instructivo volver sobre el modelo rawlsaniano de la «negociación bajo el velo de la ignorancia», y sobre los principios «U» y «D» de Habermas, considerando a las generaciones futuras completamente integrantes de la discusión [39].

En este sentido D. Laws relata una experiencia interesante de consulta pública ocurrida en el Estado de Maine (EE.UU.) sobre una propuesta para implantar una planta de tratamiento de deshechos radioactivos, una consulta que implicaba, a pesar de la ausencia de cualquier representante de las generaciones futuras, experimentar con razonamientos entre generaciones. Conviene destacar dos aspectos de esta experiencia, muy próximos a las ideas aquí defendidas. Por un lado D. Laws cuenta que, respecto a la evaluación de los riesgos futuros, la intuición fue expresada como sigue: «cualquier razonamiento respecto al futuro debería tener sus raíces en el pasado. El pasado es a veces la mejor, si no la única, base donde apoyarse para predecir el futuro» [40]. Por otro lado, a lo largo de esta negociación se hizo necesario hacer un esfuerzo por minimizar cualquier forma de «preferencia temporal» que privilegiara o perjudicara a grupos de personas por su ubicación en el orden temporal. Hay que habituarse a «tratar a los ausentes como si estuvieran presentes». En este proceso, los participantes fueron obligados a «exponer la idea de una comunidad de personas que pueden encontrarse en cualquier lugar del tiempo y de la sociedad y que, sin embargo, se perciben a sí mismas como compartiendo una vida o un destino común» [41].

Del mismo modo que son generalmente los adultos quienes deciden sobre las cuestiones de «transferencia justa» entre diferentes grupos de edad, afectando a los niños y a los ancianos, son los «contemporáneos» los que deciden sobre las cuestiones de «herencia justa» entre cohortes, afectando a sus sucesores. La situación es inevitable; lo que importa es que de este modo los adultos y los contemporáneos se inscriben en la perspectiva transgeneracional de un «destino común». A este respecto, el paralelismo entre la

[39] Éste es de hecho el trabajo que B. BARRY lleva a cabo a partir de Rawls. Cf. B. BARRY, *Theories of Justice, op. cit.*, pp. 149 y ss.; *Justice between Generations, op. cit.*, pp. 276 y ss.

[40] D. LAWS, *Responsabilité transgénérationnelle et décisions publiques*, en *Communications*, 1994, nº 59, p. 270.

[41] Ibid. pp. 274-275.

cuestión de las clases de edad y de las cohortes no es meramente fortuito. Es posible asumir que el modo en el que los adultos tratan a los niños pequeños y a las personas mayores proporcionará un buen test para la credibilidad de las políticas adoptadas respecto a las generaciones futuras. Si en el nivel conceptual es útil trazar la distinción entre las dos áreas (así por ejemplo, dar un trato exageradamente preferente a nuestros niños y ancianos, tendría por efecto comprometer aún más el futuro de las generaciones posteriores), es sin embargo muy probable que la racionalidad y generosidad de una política lejana se compruebe en sus circunstancias cercanas. Sería suficiente a este respecto ver cómo tratamos, aquí y ahora, a nuestros contemporáneos del tercer y cuarto mundo.

5. Conclusión

Hemos argumentado que el pensamiento contractualista, incluyendo el principio de reciprocidad, está tan firmemente inmerso en nuestro modo de pensar que es un serio obstáculo para concebir las obligaciones hacia las generaciones futuras. Por ello, autores destacados, como Habermas y Rawls, tienen serias dificultades para hacer frente a los problemas de la ética medioambiental, ya que sus modelos están basados en concepciones de comunidades de personas que conviven en un mismo período de tiempo.

Otro rasgo típico de este pensamiento contractualista es, según hemos sostenido, su enfoque ahistórico e individualista. Los hombres se independizan de su historia y de su comunidad. Parecen tener la posibilidad de decidir libremente, no siendo influidos por ninguna posición histórica o societaria. En todas las teorías basadas en este modo de pensar, de Rousseau a Rawls, de Hobbes a Habermas, se hace *tabula rasa* del pasado y el futuro parece estar completamente abierto. Los seres humanos están aislados de su historia. No son vistos como parte de una cadena histórica continua, sino como entidades atómicas que, al menos en alguna posición ideal, no tienen que tomar en cuenta ni el pasado ni el futuro.

En contra de esta aproximación común, hemos argumentado que un ser humano no puede ser apartado de la cadena de generaciones sucesivas. Para tomar esto en cuenta, tenemos que partir de conceptos como «responsabilidad» y «traspaso de una herencia» y de principios como la «igualdad entre generaciones», y no de conceptos como «contrato» y «reciprocidad». El hecho de que somos lo que somos gracias a las generaciones previas, crea el deber de transferir unas condiciones similares para una buena vida a las generaciones futuras. Desde este punto de vista, todas las generaciones son iguales, sin ninguna reciprocidad.

A todo esto podemos añadir ahora dos observaciones a modo de conclusiones. En primer lugar, es interesante señalar cómo el concepto de con-

trato está actualmente experimentando cambios fundamentales en la práctica jurídica desde la perspectiva del tiempo. Un «contrato» ya no es visto exclusivamente como una fotografía en un momento determinado del tiempo que vincula al futuro, como un texto o la voluntad que subyace a ese texto, que no puede ser afectado por ningún cambio futuro en el mundo externo, hasta que se elabore un nuevo contrato. Cada vez se acepta con mayor fuerza que un contrato puede ser interpretado bajo el contexto de un cambio de circunstancias. El principio abstracto de igualdad formal y la creencia en la necesidad de aceptación de alguna fuerza vinculante absoluta de la (presunta) voluntad subyacente al contrato (original) han sido parcialmente reemplazados por el principio de protección de las partes que se considera que están, estructuralmente, en la posición más débil: los trabajadores respecto a sus empresarios, los agricultores respecto a los terratenientes y, hoy especialmente, los consumidores respecto a los proveedores de bienes y servicios. Tales contratos ya no son interpretados exclusivamente a la luz de lo que ocurrió *antes* de que el contrato fuera firmado para revelar así el *significado* exacto del contrato. Las concretas consecuencias del contrato probablemente desventajosas para la parte más débil, se han convertido en hechos relevantes para determinar el alcance del contrato [42]. Un cambio de circunstancias puede volver al contrato en no equitativo para una de las partes. Los jueces han encontrado diferentes maneras de tener esto en cuenta (p. ej. la *théorie de l'imprévision*), y los legisladores les han provisto de instrumentos que les permiten determinar el alcance de los contratos sobre la base de los sucesos posteriores, tales como un poder general para controlar los efectos de un contrato contrario a los principios de buena fe [43], equidad y justicia [44]. Del mismo modo que las leyes, los contratos ya no son concebidos como cosas del pasado que vinculan obligatoriamente al presente y al futuro. Las circunstancias actuales pueden determinar, en gran medida, el alcance de los contratos y las leyes, e incluso anular la voluntad original de sus creadores. El Derecho es algo que se hace día a día, en cooperación entre todos los actores de este ámbito. No es algo que *está* ahí y que se encuentra completa y exclusivamente determinado por la voluntad previa de algún legisla-

[42] Un ejemplo reciente es el artículo 2 de la Ley belga de 23 de diciembre de 1998, que modifica la Ley de 19 de julio de 1991 sobre prácticas comerciales, introduciendo una sección que establece que un contrato entre un consumidor y un proveedor de bienes y servicios deberá ser siempre interpretado a favor del consumidor (art. 34.4) (Belgisch Staatsblad - Moniteur belge, 23 diciembre, 1998, p. 40703).

[43] Ya incluido en el artículo 1134 del Código de Napoleón de 1804.

[44] Un poder general de este tipo sería el que confiere el Código civil holandés al juez, o el poder conferido al juez por el legislador belga para disminuir los daños fijados en un contrato (art. 1231.1 del Código civil belga, aprobado por el art. 4 de la Ley de 23 de noviembre de 1998, *Belgisch Staatsblad - Moniteur belge*, 13 de enero, 1999, p. 902).

dor o de las partes de un contrato. El pasado está todavía en gran medida determinando el presente y el futuro, pero el presente puede «reformar» el pasado. Los jueces de hoy pueden interpretar y adaptar un contrato a la luz de las circunstancias, la información y los principios y valores prevalecientes en la actualidad.

Desde esta perspectiva podemos concluir que la aproximación contractualista a la teoría y filosofía jurídica parte de un modelo de contrato desfasado: una ahistórica concepción individualista del «contrato» que no encaja con nuestro enfoque de hoy en día.

Finalmente, hay que señalar que no sólo hay razones éticas altruistas para aceptar algún tipo de responsabilidad hacia las generaciones futuras, sino también razones egoístas. Al menos alguna perspectiva positiva sobre el futuro es una condición necesaria para dar hoy sentido a nuestra vida. ¿Cuál podría ser el sentido de nuestras vidas si sabemos que, después de algún desastre a escala mundial, ningún ser humano sobreviviría después del año 2010? Implicaría un problema de sentido a corto plazo: ¿para qué vivimos? Pero también implicaría un problema de sentido de la vida a largo plazo: ¿cuál puede ser el sentido de nuestras vidas, si sabemos que somos los últimos seres humanos, de modo que no habrá más género humano después de nuestra muerte? El sentido de nuestra vida está parcialmente determinado por una perspectiva *histórica*: no nos sentimos únicamente miembros de las comunidades presentes, tenemos raíces en el pasado y deseos para el futuro. Somos parte de una comunidad histórica. Nos encontramos a medio camino entre, por un lado, nuestros padres, abuelos y otros ancestros; y, por otro lado, nuestros hijos, nietos y otros descendientes. Los deseos y perspectivas para nuestro propio futuro es lo que da sentido a la vida de los jóvenes. Pero al envejecer, esos deseos personales son reemplazados, por un lado, por (buenos) recuerdos del pasado, que se intentan atesorar y, por otro lado, por deseos para el futuro, pero no tanto para uno mismo, cómo para las generaciones más jóvenes. Todo el mundo desea lo mejor para sus hijos y nietos. ¿Podría alguien vivir sabiendo que, pocos años después de su propia muerte, el mundo entero sería destruido por algún desastre ecológico predicho por los científicos? Incluso si alguien estuviera completamente seguro de morir antes de este desastre, le daría mucho menos importancia a la vida. Uno se preocuparía por sus hijos quienes, normalmente, se convertirían en las víctimas del desastre. Si el mismo desastre fuera predicho para después de un siglo, la vida sería más fácil para la generación presente, ya que podrían estar seguros de que sus hijos y nietos (ya nacidos) morirían antes del desastre. Pero la vida también cambiaría dramáticamente. Probablemente, hubiera alguna esperanza de que los avances tecnológicos permitieran a las generaciones futuras, antes del fin del siglo, resolver los problemas

y encontrar alternativas, trasladándose, por ejemplo, a otros planetas e intentando «reconstruir» un «medio ambiente» más o menos normal que les permitiera sobrevivir a largo plazo. Pero esto significaría que la vida entonces se habría vuelto posible desde un punto de vista psicológico, ya que habría una esperanza real de que todavía hay un futuro para el género humano, aunque fuera en otros planetas.

Esta perspectiva para el futuro no es sólo cuestión de perspectiva individual (para la propia vida o la de los propios descendientes). Es también, en gran medida, cuestión de perspectiva para la comunidad. Mucha gente se preocupa por las perspectivas de las generaciones futuras aunque no tenga hijos y sepa que nunca va a tenerlos. El interés por la supervivencia del grupo, si es necesario incluso a costa de la propia vida, parece por otra parte ser una conducta muy «natural» entre los seres humanos. Se ha mostrado cómo muchas conductas animales suicidas sólo tienen sentido porque ayudan a garantizar la supervivencia del grupo o de la especie[45]. Incluso para la gente sin hijos la vida tendría poco sentido si supieran por adelantado que el mundo se destruirá poco después de su muerte. Desde luego, parece más fácil vivir con esa información, cuando ese fin del mundo está predicho para el año 3000 que cuando lo está para el 2100. Y el 2100 a su vez crea menos problemas que el 2050. La convicción de que el mundo será completamente destruido creará también más problemas que el saber que el género humano sobrevivirá, pero en peores condiciones que las actuales.

Parece apropiado concluir que una certidumbre actual sobre cualquier pérdida sustancial de la calidad de vida en un futuro no muy lejano afectará, al menos en alguna medida, al sentido de la vida y por ello a la calidad de vida de las generaciones presentes. Esto nos brinda una importante razón egoísta para procurar una buena vida para las generaciones futuras, sin necesidad de la «reciprocidad contractual».

(Trad. de Isabel Lifante Vidal)

[45] CROMBAG, H., *Een manier van overleven: psychologische grondslagen van moraal en recht*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1983.

Giuseppe Zaccaria

«EXPLICAR Y COMPRENDER. EN TORNO A LA FILOSOFÍA DEL DERECHO DE PAUL RICOEUR»

DOXA 22 (1999)

EXPLICAR Y COMPRENDER. EN TORNO A LA FILOSOFÍA DEL DERECHO DE PAUL RICOEUR

Giuseppe Zaccaria
Universidad de Padua

1 En la larga, complicada y sofisticada reflexión teórica de Paul Ricoeur, generada de una minuciosa y detallada comparación con las filosofías contemporáneas y solicitada por las principales perspectivas que han caracterizado e inspirado la escena filosófica de los últimos cincuenta años, desenvuelven un papel central los temas de la polaridad dialéctica entre investigación existencial y exigencia reflexiva [1], entre ontología y epistemología, entre verdad y método, entre *expliquer y comprendre* (explicar y comprender).

Desde los orígenes de este fascinante itinerario de pensamiento, radicados en una filosofía de la voluntad de carácter fenomenológico-existencial, a la fecunda interlocución de los años Sesenta con el estructuralismo y el psicoanálisis, hasta el acontecimiento hermenéutico-linguístico concentrado en la problemática del símbolo, se delinea la arquitectura de un diseño complejo que, a partir del inicio de los años Setenta coloca en su centro, como sólida constante teórica, una «dialéctica sutil» (*dialectique fine*) entre explicación y comprensión [2].

Dicha dialéctica, cuyas acentuaciones y declinaciones varían, en los últimos veinticinco años, de acuerdo con el contexto teórico de interlocución –desde la semántica de la acción a la pragmática del discurso hasta la filosofía analítica– se desplaza sobre líneas fundamentalmente constantes. Ex-

[1] «J'aimerais caractériser la tradition philosophique dont je me réclame par trois traits: elle est dans la ligne d'une phiplosophie *réflexive*; elle demeure dans la mouvance de la *phenomenologie* husserlienne; elle vent etre une variante *hermeneutique* de cette phenomenologie» (P. RICOEUR, *Du texte a l'action. Essais d'herméneutique,* II Seuil, París, 1986, p.25.

[2] Es por esto que el ensayo fundamental sobre este tema es en honor de H.G. Gadamer: *Expliquer et comprendre,* en *Du texte a l 'action.* Cit., p. 162. Ver además los ensayos *Le modèele du texte: l'action sensée considérée comme un texte,* en *Du texte à l'action* cit., p. 199 y *Logique herméneutique,* en *Contemporary Philosophy. A New Survey,* La Haya, 1981, pp. 179-223.

plicación y compresión no constituyen polos de una relación de exclusión, ni dos métodos alternativos entre sí, sino el momento de un procedimiento amplio y complejo, lo que en términos ricoeurianos se define como *arco hermenéutico*, y que se presenta en etapas sucesivas en detalles: en primer lugar en lo que concierne a la teoría del texto –en cuanto a razonamiento fijado por la escritura– a través de tres momentos de la comprensión inicial, de la explicación de los signos linguísticos y de la comprensión-interpretación de la «cosa del texto» [3]; luego con referencia a la teoría de la acción y, en conclusión, en relación a la teoría de la historia. El texto se connota por la presencia de momentos de inevitable creatividad personal como por la objetividad de carácter linguístico-estructural; la acción a su vez se caracteriza por su naturaleza mixta que usa aspectos causales e intencionales; y en la última fase el trabajo del historiador se distingue en su estructura por las conexiones explicativo-causales y la construcción de la trama narrativa (*mise en intrigue*) [4]. Todo esto comprueba que la relación entre explicación y comprensión, por su complejidad, va más allá de un rígido dualismo epistemológico que implica como su resultado lógico el seísmo insanable entre ciencias de la naturaleza y ciencias del hombre. E1 conocimiento hermenéutico no *se opone* a sino que se *compone con*, es decir, es parte del conocimiento metódico-científico, según una relación compleja (de continuidad-descontinuidad) entre ciencias humanas y ciencias naturales.

Si la explicación representa el aspecto metódico, por otro lado la comprensión se identifica con el momento no metódico, con el razonamiento hermenéutico, que en las ciencias de la interpretación se integra con el momento metódico de la explicación. Se trata de un momento que precede, acompaña y cierra envolviendo así la explicación, que, a su vez, efectúa y desarrolla analíticamente la comprensión [5]. Explicación y comprensión constituyen por lo tanto, dimensiones complementarias. Poder reconocer la capacidad de complementarse [6] significa afirmar a un tiempo la recíproca irreducibilidad y la necesidad de mutua cooperación, ya que una ejerce un rol de contrapeso respecto a la otra; pero sobre todo, indirectamente, connota una aplicación de límites a la ciencia, que, siendo estructuralmente no

[3] Sobre la teoría ricoeuriana del texto, ver, en particular, las secciones I y II de *Du texte a l'action, cit.*; *La métaphore vive,* Seuil, París, 1975; *Temps et Récit*, tomo II; *La Configuration dans le récit de fiction,* Seuil, París, 1984.

[4] *Temps et récit,* Tomo I. *L'intrigue et le récit historique,* Seuil, París, 1983.

[5] *Du texte a l 'action, cit.,* p. l81. En el punto cfr. D. SPARTI, *Se un leone potesse parlare,* Sansoni, Florencia, 1992, p. 145 ss.: MOSCONE, *Filosofia ermenéutica oggi,* Studium, Roma, 1995, p.25.

[6] Sobre una línea análoga están las tesis de K. O. APEL, *Transformation der Philosophie*, Suhrkamp, Frankfurt a M., 1971, Bd. 2, p. lll ss.

idóneo a contener la dimensión comprensiva no tiene más remedio que constituirse como momento indudablemente importante, pero siempre parcial. Pertenece con más exactitud a la instancia metódica la aceptación de un acercamiento que se encarga de las condiciones linguísticas en cuyo interior la experiencia se manifiesta; al contrario pertenece a la instancia hermenéutica el preguntarse sobre el sentido dentro de un contexto «escondido» de mediaciones linguísticas. La interrogación ontológica debe reproponerse incesantemente a la luz de lo que se descubre y surge en la aplicación metódica. Mas esta reafirmación del hecho de que la ciencia no agota la realidad en todos sus aspectos no se verifica nunca en las formas polémicas y antimetodológicas del primer Gadamer, sino en una óptica que asume la perspectiva y el problema hermenéutico desde el interior de las ciencias humanas. Podríamos decir que ni en Gadamer ni en Ricoeur el método agota la verdad; aunque en Ricoeur el método, cuya necesidad e insuficiencia se exhiben a la vez, es el campo en el cual se evidencia la verdad. Sobre todo Ricoeur parte desde el interior de las modalidades epistémicas típicas de dichas disciplinas, como el análisis estructural de textos, la linguística y la semiótica, que asumen la explicación como modalidad de inteligencia del razonamiento [7], según una instancia de colaboración cuyo objetivo es mantener unidas la exigencia metódico-reflexiva con la hermenéutico-existencial.

2. En las conferencias Gifford (*Gifford Lectures*), compiladas en 1990 bajo el volumen S*oi meme comme un autre* [8], esta tesis de la composición y complemento entre comprender y explicar, en la que la filosofía analítica funciona como apoyo para las presuposiciones fenomenológicas y ontológicas, se determina ulteriormente en el cuadro de una ontología del sí .

El sí posee una estructura eminentemente hermenéutica, interpretada como existencial fundamental, símil al *Selbst* del *Sein und Zeit* de Heidegger. Después de haber perseguido con tenacidad el sí a través de una larga cadena de mediaciones, desde la configuración textual a la reconfiguración a través de un cuento, el acento de la meditación se determina de manera cada vez más exacta en la interrogación ontológica [9], en la dimensión de la

---

[7] *Du texte a l 'action* cit., pp. 137 ss., 142 ss.; E. SOETJE, *Ricoeur fra narrazione e storia*, Rosenberg e Sellier, Turín, 1993, p. 22; RICOEUR, *Intellectual Autobiography*, en *The Philosophy of Paul Ricoeur*, Chicago and La Salle, Illinois, 1995, pp. 30 ss.; M.J. VADES, *Paul Ricoeur and Literary Theory*, ivi, pp.265 ss.; C.E. REAGAN, *Words and Deeds: The Semantic of Action,* ivi, pp. 338 ss.; RICOEUR, *Réflexion faite. Autobiographie intellectuelle,* París, 1995, p. 49 ss.

[8] Seuil, París, 1990. Sobre este importante trabajo del último Ricoeur cfr. F. CIARAMELLI, *Ipseità, alterità e pluralità. Nota sull'ultimo Ricoeur,* en *Aut Aut* 1991, n. 242, pp. 91-103; A. DANESE (ed.), *L'io dell'altro,* Marietti, Génova, 1993; AA.VV., *Paul Ricoeur. L'herméneutique a l'école de la phénoménologie,* Beauchesne, París, 1995.; D. JERVOLINO, *Ricoeur. L'amore difficile,* Studium, Roma, 1995, p. 30 ss.

subjetividad. Introduciendo el sí en un modo practicable, la precomprensión certifica este alcance ontológico que está inevitablemente cubierto por la oscuridad intrínseca del lenguaje.

El ámbito crucial en el que dicha ontología del sí se explora es práctico, proviene de la experiencia ética efectiva: esa dimensión factual e histórica de la experiencia que permite determinar con exactitud las condiciones de acceso al significado ontológico: la no transición de una dimensión en la cual se manifiesta fenomenológicamente la verificación del comprender, muestra el momento de fundación, la ontología intrínseca a la «verdad» de la existencia. En otros términos, la instancia ontológica se gana partiendo desde un lenguaje histórico, en el que el evento existencial de la verdad pasa por la mediación de una cierta apropiación linguística de tipo particular. Ciertamente la verdad es irreducible al lenguaje, pero, de la misma manera, el lenguaje es el único medio a través del cual se puede acceder a la verdad.

3. Es importante notar cómo, desde hace un decenio hasta hoy, el interés filosófico del último Ricoeur se desplaza progresivamente al plano jurídico [10], con una significativa atención a los ilustres precedentes de grandes filosofias generales que, desde Platón a Aristóteles, de Hobbes a Hegel, advirtieron la necesidad de definir las propias teorías con una referencia específica al derecho.

Dos son los temas fundamentales objeto de atención. En primer lugar el de *Juste* [11], ulterior desarrollo de la «*petite ètique*» de *Soi memme comme un autre*, interpretado en las formas precisas del momento judicial (*sous la figure précise du judiciare*), en el cual la tercera persona del juez se convierte en emblema de la estructural tercera persona del derecho, que encuentra su carácter específico en un lugar intermedio entre la moral y la política [12]. Aquí el esfuerzo mayor de Ricoeur se concentra en el intento de emancipar el análisis del jurídico –interpretado como «*un lieu conceptuel normatif et speculatif irreductible*» [13]– de la tutela, importante aunque potencialmente sofocante, del ético-político [14]; de afirmar la estrecha proximidad, junto a la irreducibilidad del ámbito jurídico a cada uno de los demás. La dimensión jurídica nos lleva a la dimensión moral, que nos manda a su vez a una di-

---

[9] Ver en particular el último capítulo de *Soi meme comme un autre,* que se titula *Vers quelle ontologie?*, pp. 345 ss.

[10] Sobre el punto cfr. P. RICOEUR, *La critique et la conviction Entretien avec François Azon et Marc de Lannay,* Calmann - Levy, París, 1995, p.177 ss.

[11] Esprit, París, 1995. Sobre el pensamiento jurídico de Ricoeur hay que ver O. ABEL, *Paul Ricoeur, la promesse et la régle,* Michalon, París, 1996.

[12] *Le Juste* cit, pp. 9-10.

[13] *La critique et la conviction* cit, p. 177.

[14] *Le Juste* cit., p. 13.

mensión antropológica [15]; pero tiene que conservar una especificidad propia. La institución judicial con su objetivo *a largo plazo* de contribuir a la paz social y, *a corto plazo*, de acabar con el juicio un conflicto [16], institucionaliza, encarnándose en el juez, la relación con el prójimo, la dimensión de diálogo de la experiencia ética por la cual se «*deviennent ainsi fondamentalement équivalentes l'estime de* ***l'autre comme un soi-meme*** *et l'estime de* ***soi-meme comme un autre***») [17]. La intersubjetividad a tres polos diseñada por el pensamiento de Ricoeur, pone en primer plano, más allá del yo y del prójimo, la figura de tercero jurídico y judicial por un lado, y por otro la confluencia entre ética y política que está connotada en la aspiración a vivir en instituciones justas [18]. Al introducir la objetividad de la institución judicial en el interior de las formas interpersonales de alteridad, y extendiendo el perímetro de la justicia, entendida en su enlace con el vivir bien, más allá del acercamiento personal, la filosofía del derecho de Paul Ricoeur demuestra toda su novedad y originalidad, superando el límite proprio de muchas filosofías del diálogo, el de circunscribir las relaciones con el prójimo al emblema de diálogo tú-yo, a un «cara a cara» al que le falta la relación con el tercero [19]. Típico ejemplo de dicha objetividad, es el juicio jurídico que postula sin lugar a dudas estructuralmente un elemento de separación, de distancia crítica, aunque está precedido por una relación de pertenencia que es hermenéutica en la medida en que no lo «podremos nunca reflejar enteramente» [20]. En cada aplicación de una norma, se presupone siempre de antemano la comunidad jurídica. En la relación triádica yo-tú-tercero, este último, en la medida en que establece un razonamiento público, no identifica una relación interpersonal, sino que es la condición institucional –con la base de confianza que connota– de cada relación interpersonal [21]. Figura tercera que en el derecho no lo ejercen sólo los jueces y los tribunales, donde se ejerce la imparcialidad de juicio y se pronuncia «la última palabra» respecto a esa estructura fundamental de la existencia humana que es el con-

---

[15] *Le Juste,* cit., p. 29. Del ensayo *Qui est le sujet du droit?*, ivi, pp. 29-40 existe además una traducción italiana en P. Ricoeur, *Persona, comunita e istituzioni. Dialettica tra giustizia e amore,* preparado por A. Danese, Edizione Cultura della Pace, San Domenico di Fiesole, 1994, pp. 67-76.

[16] *Le Juste,* cit., p. 10.

[17] *Soi-meme comme un autre,* cit., p. 226.

[18] *Ethique et politique,* en *Du texte a l 'action,* cit., p. 393 ss.; *Soi meme comme un autre* cit., p. 227 ss. Sobre este aspecto del pensamiento de Ricoeur, cfr. F. Bianco, *Alla confluenza di etica e politica,* en *Ricoeur, Persona, comunità, istituzioni,* cit., pp. 187-195.

[19] *Le Juste,* p. 34.

[20] *Du texte a l'action,* cit., p. 328.

[21] *Le Juste*, p. 35.

flicto, sino que representa además la introducción de la norma entre intereses, entre pretensiones legítimas, entre derechos individuales [22]. La función del tercero consta en orientar sujetos individuales y diferentes hacia una determinación discursiva unitaria de sentido [23]. La relación constitutiva al prójimo, la cooriginalidad ontológica que contesta la absolutización tanto del sí como del prójimo, se manifiestan visiblemente en la posición tercera del juez y del procedimiento judicial. Esta ilumina aristotélicamente las inevitables faltas que se crean en las actualizaciones cumplidas forzadamente por el deseo, considerado el motor inagotable de la acción de un sujeto atraído hacia otro por la fragilidad y vulnerabilidad que caracterizan su identidad personal [24].

La segunda problemática fundamental profundizada por Ricoeur como filósofo del derecho es la exclusivamente hermenéutica de la aplicación de la norma jurídica a casos concretos; en cuanto a este punto hay en Ricoeur un simétrico rechazo a una concepción puramente mecánica de la aplicación de la norma como concepción completamente discrecional y decisiva de la sentencia judicial [25]. Volviendo a los temas ya desarrollados en el ensayo dedicado a la memoria de Chaim Perelman [26], y recalcando la especificidad epistemológica, Ricoeur profundiza y discute con el objetivo de someterla a los vínculos de la lógica, la «zona intermedia» donde se forma el juicio interpretativo. Una zona que implica constitutivamente, en su diferenciarse innovador por una imaginación simplemente reproductora, recurrir a la *phronèsis* [27], indispensable para aplicar la idea de lo justo en situaciones de incertidumbre y conflicto, o sea de tragedia estructural de la acción. E1 razonamiento práctico «no es sino el segmento discursivo de la *phronèsis*» [28], ya que conjuga y coordina un componente lógico-argumentativo con un componente axiológico de preferencia razonada.

En este ámbito se habla de la relación, dentro del derecho, entre la argumentation, en que predomina la lógica de lo probable y la *interpretation*

---

[22] RICOEUR, *Diritto, interpretazione, applicazione,* en *Ars interpretandi. Annuario di ermeneutica giuridica*, 1996, cit., p. 193.

[23] Sobre el punto cfr. también G. FIASCHI, «Soggetto e senso del diritto nell'esperienza giuridica moderna: appunti in tema di positività», en G. ZACCARIA, (ed.) *Diritto positivo e positività del Diritto*, Giappichelli, Torino, 1991, p. 244 ss. 250 ss.

[24] *Soi-meme comme un autre*, cit., p. 216.

[25] *Le Juste,* cit., p. 25.

[26] *Rhetorique, poetique, hermenéutique,* en *Lectures 2. La contrée des philosophes,* Seuil, París, 1992, pp. 479-494. *Filosofia e linguaggio,* D. Jervolino (ed.), Guerini, Milano, 1994, pp. 201-218.

[27] «La sagesse pratique que nous recherchons vise a concilier la *phronèsis* selon Aristotle, a travers la *Moralitat* selon Kant, et la *Sittlichkeit* selon Hegel» (*Soi-meme comme un autre,* cit., p. 337).

[28] *Du texte a l'action,* cit., p. 247.

donde prevalece la fuerza innovadora de la imaginación en la producción misma de los argumentos [29].

E1 método que sitúa la interpretación –según una lógica inicial de polarización entre opuestos, superada y transcendida en un cuadro mucho más íntegro– en antítesis a un procedimiento considerado rival, o sea a la argumentación, parte de una declarada y deliberada analogía con la pareja *expliquer/comprendre* que se encuentra en el plano epistemológico.

Se puede así declarar que el compararse, por parte de Ricoeur, en el cuadro de una hermenéutica jurídica, con el tema de las relaciones entre interpretación y argumentación, lejos del volverse accidental, es uno de los muchos modos de volver a proponer, esta vez en el plano del derecho, el antiguo tema de la pareja dialéctica *expliquer/comprendre*, al cual en los años el filósofo se mantuvo fiel. Podemos anticipar que la solución propuesta recalca en sus grandes líneas sobre el plano del derecho el mismo tipo de solución ya sugerida en el plano epistemológico.

La reflexión ricoeriana sobre el tema de aplicación del derecho se fija alrededor de dos puntos centrales: la recuperación crítica de la apreciada aunque muy criticada teoría Dworkin en el nexo *principles-rules*, que expone la falta de una refinada teoría de la argumentación jurídica como el precio que Dworkin paga ante la reafirmación de la compleja moral y política de los *principles* en la práctica interpretativa de los «*hard cases*» [30].

Por otro lado está el atento repaso de las teorías de procedimientos de la argumentación jurídica desde Habermas a Alexy –que consideran la racionalidad jurídica como aceptación de reglas argumentativas connotadas por la búsqueda de consenso y configuran la argumentación jurídica como forma particular del discurso práctico, como justificación de un juicio jurídico que es un caso especial de proposición normativa [31]. Como en todo discurso práctico, también en la argumentación jurídica argumentar una norma significa sugerir la pretensión de fundamento, o sea, sostener su plausibilidad según criterios de racionalidad individuados en modo analítico. A propósito de esto, en su crítica a la *Sonderfallthese* de Alexy [32], según la cual aun en el discurso jurídico existen cuestiones prácticas que se discuten sosteniendo la honestidad de la solución propuesta, Ricoeur recalca eficazmente las

---

[29] *Le Juste,* cit., 26, 163 ss. El ensayo *Interprétation et/ou argumentation* tiene una traducción italiana de S. Mazurelle en *Ars interpretandi. Annuario di ermeneutica giuridica*, 1996, *Ermeneutica e applicazione*, Cedam, Padua, 1996, pp. 77-93.

[30] *Le Juste,* cit., p. 169 ss.

[31] Sobre las teorías de procedimiento de la argumentación jurídica cfr. L. GIANFORMAGGIO, «La nozione di procedura nella teoria dell 'argomentazione», en *Analisi e diritto*, 1994, pp. 153-162.

[32] *Theorie der juristischen Argumentation*, Suhrkamp, Frankfurt a. M., 1978, p. 263 ss.

peculiaridades del discurso jurídico, sometido a una serie de condiciones limitativas, que lo vinculan y lo vuelven algo que no siempre se puede reducir al discurso práctico general. Si, en efecto, analizamos el caso de un discurso jurídico particular, pero absolutamente central en la cuestión del derecho que es el proceso, se comprueban las dificultades que obstaculizan la representación, como sucede en las teorías de procedimiento de la argumentación, del proceso como discurso en que diferentes más oradores producen argumentos considerados capaces de obtener consenso.

De hecho, en el proceso no todas las cuestiones se discuten libremente (como sucede en las condiciones comunicativas ideales), sino sólo aquellas consideradas pertinentes al proceso mismo y, como tal, admitidas. Además, aun frente a un grande esfuerzo de la civilización jurídica por garantizar una serie de aspectos como el contradictorio y la teórica dignidad igual de las partes, los papeles en el proceso se distribuyen en modo diferente: el acusado en el proceso penal no posee su espontánea voluntad, ya que se le obliga a la convocación. Es también innegable que en el proceso la discusión y decisión se tienen que someter a reglas de procedimiento pre-fijadas, mientras que la sentencia del juez debe, o al menos debería, intervenir en tiempos breves, de cualquier modo en tiempos conceptualmente limitados [33]. En fin la discusión entre las partes no termina con un acuerdo sino con una sentencia que crea distancia entre las partes y resuelve de modo autoritario la controversia [34]. Decidir significa producir un vínculo antes de que en el discurso se haya aprobado. Si hubiera aprobación no existiría la controversia. Este aspecto de la presencia de límites y vínculos en el proceso, interpretado como el lugar privilegiado de una discusión ordenada y ritualizada [35] introduce a una distancia insuperable respecto al modelo de discusión abierta e infinita [36] concebido por Habermas. A diferencia de lo que se verifica en otros «casos especiales» de discurso práctico, como por ejemplo en el juicio moral, el juicio jurídico puede efectuarse y concluirse sólo en el interior de las condiciones particulares establecidas por el orden, y necesita de la intervención de sujetos –como los jueces– expertos y dotados de autoridad institucional. Existe en el juicio jurídico un elemento irreprimible de autoridad, ayudado por la fuerza, que falta en otras formas del discurso práctico; de modo que aplicando al proceso el concepto de discurso, como sugieren las teorías de procedimiento de la argumentación, se corre el riesgo de

[33] Sobre el punto cfr. T. GIZBERT-STUDNICKI, «The Burden of Argumentation in Legal Disputes», en *Ratio Juris* 3, 1990, p. 118 ss.

[34] *Interpretation et/ou argumentation,* cit., pp. 176-177.

[35] Son iluminantes sobre este punto las reflexiones de J. ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung,* Athenäum, Frankfurt, 1972.

[36] *La critique et la conviction,* cit., p. 180.

perder de vista algunas características específicas del proceso mismo que trabajan en el contexto técnico representado por el universo del discurso jurídico.

Ricoeur desarrolla un segundo orden de consideraciones críticas sobre la distinción –que constituye uno de los temas sobresalientes de la teoría de la argumentación de Alexy– entre *justificación interna* y *justificación externa* de las proposiciones normativas [37]. Si la primera concierne la relación de coherencia entre premisas y conclusiones, la segunda concierne la justificación de las premisas en la labor argumentativa y depende de los argumentos usados para apoyar las mismas premisas. El punto resaltado muy eficazmente por Ricoeur es que tanto a nivel de justificación interna como externa, surgen aspectos y problemas no sólo de naturaleza argumentativa sino interpretativa. De hecho el juez no es legislador, trabaja en su actividad de aplicación de derecho con premisas dadas por otros sujetos, lo que lo obliga a escoger –y en los «*hard cases*» (casos difíciles) con un ampliado espacio discrecional– entre una pluralidad de diferentes posibilidades interpretativas. Además, al juez no se le pide sólo una relación de estricta inferencia, o sea de derivación coherente de las conclusiones por las premisas, sino además un juicio preliminar a la llamada interpretación en sentido estricto sobre la propiedad de determinadas normas para disciplinar determinados hechos en el caso concreto que se le somete. Un juicio que envuelve aspectos típicos de naturaleza inminentemente hermenéutica, conducido por pre-reflexiones de naturaleza tópica, dirigido a orientar desde el principio la selección de las normas pertinentes y de los cánones interpretativos que utilizar. Frente a un caso concreto en el que hay que aplicar una o más normas determinadas, la primera operación que se tiene que cumplir es la de interpretación. La argumentación es necesaria, pero sólo en un segundo momento. La interpretación de las normas y la interpretación de los hechos son inseparables una de la otra. «Tenemos –como afirma Ricoeur– dos procesos de interpretación paralelos que hay que poner a competir» [38], con un proceso de «ajuste mutuo» [39]. Esta insistencia de Ricoeur en la indefectibilidad de los elementos interpretativos en la práctica de aplicación del derecho no debe inducir a la conclusión de un desequilibrio hacia el polo de la interpretation. También la interpretación muestra sus límites si se considera

[37] *Theorie der juristischen Argumentation,* cit., p. 273 ss. Los dos conceptos se desarrollan también por J. WROBLEWSKI, *Legal Decision and its Justification*, en *Le Raisonnement juridique,* preparado por H. Hubien, Bruylant, Bruselas, 1971, p. 412 ss., *Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision*, en *Rechtstheorie* 5 (1974) p. ss. *Justification of Legal Decisions,* en ID., *Meaning and Truth in Judicial Decision*, p. 55 ss. y 64 ss.

[38] «Diritto, interpretazione, applicazione», en *Ars interpretandi, Annuario di ermeneutica giuridica*, 1996, p. 197.

[39] *La critique et la conviction,* cit., p. 179.

al interior del derecho, que provienen del hecho que en ésta falta la idea de validez. Y si abandonamos completamente la «idea de validez, se sale seguramente del campo del derecho» [40].

Nace una consecuencia obligada: la necesidad de reconocer la trama y la simultánea presencia de elementos de interpretación y de elementos de argumentación en la práctica jurídica. Es ciertamente posible mantener conceptualmente separadas con claridad estas dos polaridades: pero en la experiencia concreta de la aplicación judicial es incesante el pasar de una a la otra. A través de la argumentación se pueden contener los aspectos de subjetividad de la interpretación, pero la técnica analítica de la argumentación no puede prescindir de la innovación interpretativa. E1 juicio jurídico se puede representar pertinentemente como típico ejemplo de juicio reflectante, en el sentido de la Crítica del Juicio de Kant, ya que lo universal (la regla, el principio, la ley) carece de esto por definición y lo tiene que producir y descubrir en el detalle. De la misma manera que, según una famosa definición de Hegel, Kant hace del juicio reflectante un anillo de conexión entre lo universal de la razón y lo individual de la intuición, también la interpretación de la regla jurídica se manifiesta y revela su significado sólo en el interior del proceso de aplicación. E1 objetivo del conocimiento hermenéutico es el de tomar un detalle en su particularidad a través de lo universal. En el razonamiento jurídico, la norma expresa una estructura inevitablemente incompleta, que se completa solamente en la actividad de concretizar del derecho y por lo tanto en un contexto de interpretación de sentido. La norma no puede prescindir del caso concreto, porque en éste encuentra riqueza y mayor determinación. Esto significa desplazar el fuego del análisis de un derecho concebido como algo precedentemente constituido y ya otorgado al sujeto que tiene el deber de volver a determinar y descubrir el derecho. La norma se puede constituir sólo en situaciones particulares, aumentada y detallada por la riqueza infinita de los hechos: por esto las tesis de Alexy sobre la formalidad y la capacidad de enjuiciamiento del procedimiento de justificación, que crea normas y formaliza el discurso práctico, persiguen el intento, admirable y digno de mérito, de garantizar honestidad a la argumentación jurídica, pero corren el riesgo de volverse incompletas y abstractas ya que no tienen en cuenta la concretización aplicativa de las normas.

En conclusión, argumentación e interpretación configuran operaciones y dimensiones diferentes, pero que se unen y se connotan recíprocamente, demostrando su fundamental terminación, y, por lo tanto, están «condenadas» a complementarse, a incorporarse la una a la otra [41].

[40] Idem., p. 194.

[41] Ibid.

El acento de Ricoeur sobre la trama y los rebotes entre argumentación e interpretación en el plano jurídico, que se mantiene fiel a una constante orientación epistemológica y a una simétrica solución de la relación entre la explicación y la comprensión en el plano de las ciencias del texto y del discurso, constituye una pista de búsqueda muy interesante, no muy explorada en todos sus aspectos y susceptible a ulteriores articulaciones.

Se puede afirmar que, midiéndose con el «polo» argumentación y con el comprender «según las reglas», la filosofía de derecho de Ricoeur se encuentra, una vez más, de frente a las cuestiones de método que la cultura jurídica, a partir del siglo pasado, ha puesto en el centro de su rica tradición. La literatura jurídica nos propone una lucha extendida alrededor de los métodos, donde las varias argumentaciones se dirigen hacia la fundación de los métodos que se van indicando como correctos para poder comprender y aplicar las normas jurídicas. Con la integración del aspecto metódico en el cuadro de una hermenéutica regional como lo es la jurídica, no olvida su enlace con la hermenéutica general, se define un persuasivo orden teórico para la práctica de la interpretación además de una radical inversión de tendencia respecto a la marcha de la ciencia jurídica en el siglo XIX: mientras en el siglo pasado la cuestión de la interpretación se caracterizaba por una marcada expulsión del cuadro epistemológico, hoy no se puede concebir una concepción de la ciencia jurídica que no acepte el rol de la interpretación jurídica en su práctica.

Lo mismo se podría repetir con la pareja conceptual *comprender/explicar,* mencionada anteriormente, observando cómo la relación entre explicar y comprender tiende a modificarse de dicotómica en dialéctica: es en el seno mismo del complejo procedimiento interpretativo donde la inmediación de la comprensión se encuentra ante las reglas que disciplinan la explicación. Es posible formular cánones directivos de validez según determinadas reglas sólo a pacto de ocupar la dimensión interpretativa.

La comprensión se verifica dentro de una forma de vida que se encarna en una serie de reglas y de prácticas compartidas. Conocer equivale a «verificar», en el sentido de Vico del *verum facere,* de la convergencia del *verum* con el *factum*. Este modelo mixto, basado en la dialéctica necesaria entre *explicar y comprender,* en el que la comprensión ve la explicación no como antagonista sino como complemento y mediación, no procede de intentos ambiguos de eclecticismo metodológico sino de la naturaleza «mixta» de la acción, que, como intervención en el curo cotidiano de las cosas, no se compromete en esferas de la realidad separables e irreductibles, sino que se encuentra casi obligada a unir momentos entrelazados de comprensión y de explicación, de intencionalidad y de casualidad, de conformidad y de innovación.

Javier Sádaba

«GUERRA Y LÓGICA MORAL»

DOXA 22 (1999)

GUERRA Y LÓGICA MORAL

Javier Sádaba
Universidad Autónoma de Madrid

Los indoeuropeos son un pueblo guerrero. De su invasión ha surgido, entre otras cosas, la filosofía. Y ésta se pregunta, también entre otras cosas, por la guerra. Como se preguntan, a su modo, otras disciplinas. Así, la matemática, en su historia, no puede prescindir de la guerra. Recordemos, por poner ejemplos cercanos en el tiempo, que Napoleón fue un buen matemático o que la informática se desarrolló con la segunda Gran Guerra. La filosofía política, por su parte, se enzarzó con la guerra para poder diseñar un Estado que acabara, de algún modo, con ella. Hobbes, sin duda, representa la obsesión más clara por crear una sociedad en la que se pueda vivir con la garantía de la paz. ¿Qué ha dicho la ética de la guerra? Parece que poco. A la filosofía moral le suelen gustar las macrocuestiones o las microcuestiones. Por ejemplo, se pregunta por las condiciones de posibilidad de la obligación. O por la inmoralidad intrínseca o no de la utilización de las madres de alquiler. A los filósofos morales no les gusta detenerse en algo intermedio, común, propio de todos los días. Como es el caso de la violencia guerrera.

Recientemente hemos padecido una desgraciada acción armada en Yugoslavia. Y lo único que ha saltado al primer plano ha sido la vieja noción del «doble efecto». Tanto daño *colateral* ha resucitado un tema que, salvo en algunos cajones de la filosofía analítica (y muy especialmente entre filósofas. Piénsese en Ph. Foot o en E. Anscombe), parecía reservado a la escolástica u simplemente olvidado. Pero, como en las cerezas, todo se puede enlazar. Es lo que voy a hacer a continuación. Y, así, comenzaré por plantear la cuestión de hasta qué punto existen una serie de conceptos morales que, en un análisis posterior, se reducen a uno. Después me preguntaré por la formalidad o no de tal o tales conceptos; es decir, si son puramente lógicos o tienen contenido. Finalizaré afirmando que aunque son ciertamente lógico-formales, tienen o pueden tener una muy específica aplicación. A ella me referiré para indicar que la moral, además de señalar con el dedo, lo mantiene incluso a riesgo de que se lo corten.

Voy a fijarme, brevemente, en cuatro figuras del razonamiento moral emparentadas. Tan emparentadas que se podrían reducir a una sola. Sin intención lógico-pedagógica alguna –uno no es especialista ni en lógica ni en pedagogía–, me gustaría mostrar cómo cada una de ellas es un esquema de un tipo más general al que todas se reducen. Si me detengo en ello no es por afán genealógico o cosas por el estilo. Mi interés radica en mostrar cómo en el juego del razonamiento moral y en el choque entre deberes contrapuestos se hace patente el ancho campo de la elección moral. Y cómo muchas veces en ese campo –el de la guerra citada ha sido, zafiamente, uno de ellos– la elección basada en los hechos queda subsumida, acríticamente, por una autoridad autorepresentada que usa, a su antojo, los hilos de la lógica moral.

De modo muy simplificado e intuitivo, vamos a exponer los siguientes dilemas lógico-morales. Todos ellos son de larga tradición, aunque el más antiguo en su formulación estricta sea el del doble efecto (D E); si se exceptúa, naturalmente, el famoso ejemplo de la tabla a la que se agarra un pobre hombre en un naufragio y que nos ha llegado a través de Carneades. En todos ellos hemos eliminado los comentarios adicionales que serían necesarios para entenderlos en su significado más preciso. Son estos:

Doble efecto	a) Debo no matar
(D E)	b) Debo salvar y para ello debo matar
Conflicto de	a) Debo no matar
Deberes (C D)	b) Debo defenderme y para ello matar
Estado de	a) Debo no matar
Necesidad	b) Debo vivir y para ello debo matar
(E N o *ius necessitatis*, según Kant, y según el cual mi acción no cae bajo la ley)	
Prima Facie	a) Debo matar
(P F)	b) Debo matar para salvarme

Aunque suene un poco ridículo poner ejemplos de los cuatro esquemas, permítaseme hacerlo. En D E: unos seres humanos inocentes sitiados sólo pueden ser salvados si matamos, en una proporcionada e inintencionada acción, a otros inocentes. En C D: tengo que disparar contra alquien que, si me matase, me eliminaría a mí y a aquellos que para su existencia de mí dependen. E N: ayudo a escapar a un criminal porque, en caso contrario, me mataría. P F: mato a alguien para salvar mi vida.

Antes de seguir adelante y mostrar la semejanza de los cuatro esquemas, conviene que nos detengamos en la lógica de P F: Es de importancia para lo que más adelante digamos. Si algo está mandado, P F quiere decir que está mandado de forma que no es un mandato incondicionado. Dicho en términos simbólicos simples: M (A) es compatible con – M (A, B); es decir, que está mandado A es compatible con el no estar mandado A bajo la condición B. En nuestro ejemplo, está mandado no matar es compatible con matar bajo la condición de salvar mi vida. Y esto, por cierto, sólo es válido, cosa que suele olvidarse, cuando B equivale a M (–B); es decir, cuando B viola, también según P F, algo.

En los cuatro esquemas, y como indiqué, se da la misma estructura. De ahí que sean lógicamente equivalentes. O que, para una mente deseosa de deducciones, de uno se podría pasar, por dicha equivalencia, a los otros. Por tanto, y para facilitarnos lo que sigue, doy por supuesto que todos se reducen a P F.

Ahora bien, la reducción a dos deberes en conflicto o colisión, que casi todo el mundo aceptaría hoy como un dato básico (a no ser que se tratara de un residuo paleokantiano), puede chocar, a su vez, con objeciones nada desdeñables. Y, así, en E N, se objetará que no es verdad que *deba* vivir puesto que no estoy obligado a ello sino que estoy *necesitado*, en el sentido de perder mi libertad, por la situación. Habríamos confundido –como parece que en su rigor confundió Kant–, por tanto, el *deber* moral deóntico con el deber modal alético. Como se nos recuerda en la ya clásica terminología que nace con von Wright, los conceptos modales aléticos estudiados por la lógica modal –necesidad o posibilidad, por ejemplo– hay que diferenciarlos claramente de los conceptos deónticos, tales como lo obligatorio, lo permisivo y lo prohibido. Pero vayamos a la objeción.

Se podría responder, recurriendo a Hare, que un juicio moral expresado o proferido con la palabra *deber*, incluye, necesariamente, una razón sobre un hecho. Ahora bien, quien se está ahogando, en un estado de necesidad, *posee* una razón, aunque no la explicite, para actuar de esa manera. No se trata de algo arbitrario. Como el mismo Hare escribe, no es lo mismo el *tener que* del sargento que manda girar a la izquierda como lo podía hacer a la derecha que el *debe* del enunciado «no se debe mentir» (distinción, por cierto, difícil de llevar a cabo en algunas lenguas). Quien se está ahogando no se ve necesitado a ello por capricho. Tiene razones para actuar así. Nos basta con esto para considerar el esquema E N semejante al resto. Si el objetor no se pone muy exigente, podremos cambiar, en consecuencia, *necesidad por deber*.

Conviene, antes de seguir adelante, hacer una observación de importancia. La lógica deóntica, como es bien sabido, no fundamenta, por sí misma, norma alguna. Es vacía de contenido como vacía de contenido es cualquier ley lógica. Tanto es así que se puede expresar lo dicho de esta manera M

(T); es decir, las tautologías están mandadas. Y no solo porque, por ejemplo, lo que está mandado está mandado sino porque las tautologías se siguen, lógicamente, de cualquier enunciado. Pero, repitámoslo, esto tiene un significado puramente formal.

Demos, entonces, un paso que es decisivo en nuestra exposición. Los mandatos no son todos iguales. Lo vimos antes. Y dentro de tales mandatos, la siguiente división es decisiva. Se trata de la división entre mandatos *incondicionados, condicionados* y *no condicionados.* Mandatos incondicionados son aquellos que valen bajo cualquier condición, M (A, –A). Como tal incondicionalidad podría llevar a mandar hasta lo contradictorio, suele añadirse que está mandado A bajo todas las condiciones que sean lógicamente compatibles con A. En caso contrario, el buen Dios, por ejemplo, podría, si mandara incondicionalmente, mandar pecar y no pecar al mismo tiempo. Cosa que a los pecadores nos puede venir muy bien, pero no al buen Dios. Los mandatos condicionados especifican una determinada condición. Así, podría estar mandado que no se tengan hijos si se impusiera, dictatorialmente, la obligación de no procear. Y, finalmente, los mandatos no condicionados son aquellos que no especifican la condición pero que, dadas las circunstancias, puede hacerse presente la condición en cuestión. Es, precisamente, lo que sucede con los P F. Tales mandatos no especifican la condición aunque ésta pueda darse. En términos intuitivos: en los condicionados sabemos *ya* qué es lo que se debe o no se debe hacer. En los no condicionados, las circunstancias dirán qué es lo qe no se debe o se debe hacer (sucede, valga el ejemplo, como con la disyunción A V B; A ó B no me dice si A ni me dice si B. Me dice que puede ser A o puede ser B).

Los mandatos no condicionados son sumamente importantes. Y aunque, como von Kutschera afirma, los mandatos condicionados son el concepto fundamental de la lógica deóntica, a efectos prácticos podemos añadir que los que nos sumen en la perplejidad son los no condicionados; y, más que perplejidad, nos muestran otros aspectos decisivos en nuestra vida diaria. Nos indican la importe obviedad de que, dentro del amplio campo que abre la lógica deóntica, se inscribe la decisión práctica que nos atañe realizar materialmente a nosotros. Y nos indican –cosa importante aunque menos obvia– cómo subrepticiamente se nos puede robar la condición a colocar en un determinado caso y sus circunstancias. Alguien, de modo falaz, se apropia de la condición a usar.

Es hora de volver a la desgraciada guerra de Yugoslavia. Se podía haber escogido, desde luego, cualquier otro ejemplo. Sucede, sin embargo, que en la intervención armada por parte de la OTAN se han evidenciado, con claridad, aspectos que tienen que ver con los razonamientos lógico-morales a los que me vengo refiriendo. Y que a través de tales razonamientos se hace pa-

tente, también, lo que se puede o no se puede hacer desde un punto de vista moral. Prescindo, por supuesto, de otras sustanciales cuestiones que, *v. g.* tendría que ver con el orden internacional, la legitimidad de los estados y otra serie de problemas relacionados con el caso. Volvamos a los bombardeos. Se ha recurrido, con frecuencia, a la expresión *efectos colaterales*. La expresión no es nueva. La usó la teología cristiana a la hora de intentar conciliar la bondad de Dios con la maldad del mundo. Como intentó conciliarlas buena parte de la filosofía racionalista moderna. Incluso hoy, filósofos de la religión existen que vuelven a aplicar todo su rigor lógico para lograr que la perversidad de lo creado y la infinita bondad del creador no entren en colisión escandalosa.

En nuestro caso no se ha querido ir tan lejos (por cierto, y si se quiere ir más lejos, fueron ya los estoicos los que ofrecieron argumentos semejantes a los que después usarán los teólogos y filósofos citados). Se ha afirmado simplemente que los efectos colaterales inintencionados eran mínimos comparados con las supuestas bondades que traería consigo la intervención armada. En ese punto se ha centrado fundamentalmente la discusión. Muchos o algunos de los que estaban a favor de que se interviniera con la violencia de las armas, se opusieron más tarde al considerar que los males estaban superando a los bienes. Se habría perdido el equilibrio que hace tolerable la maldad colateral. La supuesta guerra justa habría hecho aguas por la colateralidad. Tal vez, y dicho entre paréntesis, algunos de los que han cambiado de opinión pasando de estar a favor a estar en contra de la guerra se encuentren sensibilizados ante lo que ciertos filósofos y teólogos actuales usan con profusión; el principio de precaución (P P). Un principio que no se distingue mucho de una elemental versión de la teoría de juegos pero que a sus defensores les suena como fórmula mágica para oponerse, bioéticamente, a transgenias, clonaciones y todo lo que les parece meter las narices en la intocable naturaleza.

Los daños colaterales, sin embargo, no se han reducido a romper puentes o a segar vidas. La utilización del D E ha tenido también, en manos de quienes lo han utilizado, otro efecto colateral negativo. Y es que ha desplazado en buena parte el problema, lo ha escondido en su rostro más importante. Ha servido, en suma, de señuelo. Pero, ¿cuál es entonces su verdadero rostro?

Lo que realmente debería haberse discutido, antes de nada, es la condición o circunstancia bajo la cual el mandato de *no matar* (o, si se quiere ser más fino, no dañar) podía ser superado por la defensa de otros valores. Recordemos lo dicho a propósito de los mandatos no condicionados, puesto que de ellos se trata. Se trata, efectivamente, de poner *una* condición para poder actuar, *in casu*, con violencia. ¡No de encontrar una condición ya dada! Y de una condición real, en el mundo de los hechos, a la vista de todos y, por tanto, digna de ser discutida como corresponde a una decisión tan gra-

ve. No estará de más recordar aquí de nuevo al antes citado Hare. Según este filósofo, y al menos en temas que hacen referencia a la guerra y a la paz, el 99 por ciento tiene que ver con los hechos. Son estos, repito, los que deben estudiarse en una argumentación pública y sujeta a los requisitos de cualquier buena argumentación.

Es justo lo contrario lo que ha sucedido. Se ha hurtado todo tipo de discusión. Y lo que es peor si cabe, la condición que habría que poner para que fuera moral la decisión de atacar Yugoslavia, se ha tomado por autoridad. Por una autoridad por encima de todas las cabezas que deberían estar implicadas en la resolución en cuestión. Lo que permanece indeterminado, como es la condición de lo que está por determinar en un mandato de este tipo, ha aterrizado desde el cielo de las posibilidades por obra y gracia de una opción arbitraria. Porque no otra cosa es colocar lo que hace que el mandato funcione en manos de quien más poder posea. Que el poder fuera democrático (en el caso de que lo sea) no hace, por cierto, que la injerencia sea democrática. Eso es tan falaz como pensar que porque la comunidad A es democrática siempre que actúe en la comunidad B actúa de forma democrática. La inferencia es, obviamente, inválida.

A modo de colofón podríamos añadir lo siguiente. La lógica, en este caso la lógica modal moral, nos enseña cuáles son los límites de la acción. Y a través de tales límites patentiza el ancho campo que constituyen los hechos. La lógica pone la forma; una forma que, según los casos, delimita todo el conjunto de hechos que en aquélla se incluyen. En nuestro caso los hechos estaban pendientes, nos indica la forma lógica, de una decisión que había que tomar, pero que no estaba dada. La lógica modal moral sugiere, además, que tenemos que dar aquellos pasos que llenen de contenido a lo que, en sí mismo, es mudo respecto a los hechos del mundo. La lógica modal moral, en fin, nos ha puesto de manifiesto lo autoritariamente que se ha procedido en la guerra de Yugoslavia.

De lo expuesto se sigue, no menos, que no vale nunca refugiarse en la filosofía académica. Una filosofía moral, incluso cuando se mantiene en el estricto campo de la formalidad, hace un guiño a los hechos. Todavía más, está, como la *materia prima* según los escolásticos, esperando que le penetre la forma. Aunque en nuestro caso es al revés. La forma estaba deseosa de tener materia. Lástima que no tuviera materia democrática. Porque no hubiera encontrado la condición para poder matar. Es, por eso, bastante inexplicable el silencio habitual escolar sobre estos temas. O sobre cualquier tema. Al principio hablé del dedo que puede ser cortado. Y es que, antes de nada, hay que tener dedo.

Josep Aguiló Regla

«NOTA SOBRE "PRESUNCIONES" DE DANIEL MENDONCA»

DOXA 22 (1999)

NOTA SOBRE «PRESUNCIONES» DE DANIEL MENDONCA

Josep Aguiló Regla
Universidad de Alicante

1. Esta breve nota sobre «Presunciones» de Daniel Mendonca [1] tiene su origen en una casualidad; no es en realidad el producto de ningún especial propósito intelectual sobre las presunciones legales. Estaba yo reseñando el artículo «Presunciones» de Daniel Mendonca para la sección de bibliografía de la revista Doxa cuando en un «descanso» me acerqué al despacho de Daniel González Lagier para charlar y despejarme un poco. El azar quiso que en aquel momento Daniel G.L. estuviera tratando de desentrañar la distinción que algunos procesalistas hacen entre verdaderas presunciones y falsas presunciones (o entre presunciones en sentido estricto y presunciones aparentes). No viene al caso explicar las razones por las que Daniel G. L. estaba también en el asunto de las presunciones: su interés por ellas sin duda era genuino, pero tal vez no pudiera calificarse precisamente de intelectual. En cualquier caso, si bien las presunciones no figuraban en la agenda de ninguno de nosotros, iniciamos una interesante discusión. Del intercambio improvisado de ideas y opiniones que allí se produjo parecía seguirse algo que, según creo, Daniel Mendonca consideraría no muy adecuado. Esto es, que para dar cabal cuenta de las presunciones en el Derecho es preciso echar mano de la distinción entre reglas y principios; o dicho de otro modo, que hay presunciones que son (y operan como) reglas y hay presunciones que son (y operan como) principios. Junto a lo anterior, al final trataré de mostrar también que las llamadas «presunciones *iuris et de iure*» requieren un tratamiento diferenciado respecto de las otras presunciones: en particular, que su comprensión exige entrar de lleno en el marco de las normas constitutivas.

2. El interesante trabajo de Daniel Mendonca analiza (y en algunos puntos desarrolla y critica) el ensayo de Edna Ullmann-Margalit *On Pre-*

[1] Mendonca, Daniel: «Presunciones», en *Doxa* 21-I, 1998, págs. 83-98.

sumption [2]. A continuación, voy a reseñar brevemente algunas de las tesis asumidas por Daniel Mendonca. Para aligerar la exposición y no resultar engorroso, no me detendré a indicar si dichas tesis son el producto de una coincidencia con Edna Ullmann-Margalit o si son el producto de una crítica a esta autora.

2.1. La noción de presunción desempeña un papel importante en toda deliberación práctica y, por tanto, en el Derecho cobra especial relevancia. Las presunciones legales fuerzan a tomar algo como verdadero bajo determinados supuestos; en ocasiones, el Derecho interviene y establece reglas en forma de presunciones en virtud de las cuales se «infiere» un hecho controvertido, a partir de ciertos hechos básicos ya establecidos, mientras no se aporten elementos de prueba suficientes en sentido contrario. En rigor una regla de presunción establece lo siguiente: «Dado que es el caso de que P, debe procederse como si Q fuese verdadero, a no ser que, o hasta que, existan razones suficientes para creer que no es el caso de que Q».

2.2. Las presunciones legales son mandatos legislativos en virtud de los cuales se ordena tener por establecido un hecho, siempre que la ocurrencia de otro hecho, indicador del primero, haya sido comprobada suficientemente. Las presunciones legales son normas que imponen el deber de aceptar una proposición, siempre que otra proposición se encuentre debidamente probada. Imponen, pues, un deber muy particular: el deber de aceptar ciertas proposiciones en determinadas circunstancias especificadas por el sistema. En las presunciones legales, como en todos los demás casos de prescripciones, el *contenido* es una acción: en este caso, una acción peculiar pues consiste en un *estado mental*. La noción de aceptación está vinculada a las llamadas actitudes proposicionales. Conviene, sin embargo, deslindar claramente el plano lógico del psicológico sobre todo en el contexto de su empleo con fines justificativos. Aquí interesa la aceptación como actitud proposicional, como una operación de incorporación de proposiciones a razonamientos, es decir, de incorporación de premisas. Ahora bien, tales premisas son impuestas bajo el supuesto de la satisfacción de ciertas *condiciones* fijadas por las mismas normas que establecen presunciones: ciertas circunstancias deben darse para que entre a operar la obligación de presumir la proposición que la norma determina, es decir, la obligación de aceptar cierta proposición como premisa. Estas circunstancias remiten a la prueba de una proposición acerca de un estado de cosas determinado y a la ausencia de prueba respecto de la negación de la proposición presumida. Hay pues dos condiciones dominantes: Una positiva, la existencia de elementos

[2] Ullmann-Margalit, Edna: «On Presumption», en *The Journal of Philosophy*, Vol. LXXX, nº 3, Marzo 1983, págs. 143-163.

de juicio a favor de una proposición determinada (P) y otra negativa la ausencia de elementos de juicio a favor de la negación de la proposición presumida (Q).

2.3. Las presunciones cumplen un papel instrumental en el Derecho; su función básica es posibilitar la superación de situaciones de *impasse* del proceso decisorio, en razón de la ausencia de elementos de juicio a favor o en contra de determinada proposición. De este modo, la incorporación de presunciones constituye un mecanismo del que se vale el Derecho para resolver en un sentido determinado aquellos casos en que existe cierta incertidumbre acerca de si se han producido determinadas circunstancias. Un rasgo de las presunciones es la parcialidad, pues benefician a una de las partes. Esta parcialidad puede justificarse de diversas maneras: por consideraciones probabilísticas (es más/menos frecuente Q que –Q en caso de P), por consideraciones valorativas (las consecuencias de presumir Q en P son más/menos graves que las de presumir –Q) y procesales (es más/menos fácil producir prueba en favor de Q que de –Q, en caso de P).

2.4. Las presunciones, suele decirse, son «vencibles», «superables», «derrotables», etc. La tradición jurídica distingue entre presunciones *iuris et de iure* y presunciones *iuris tantum*, es decir, entre presunciones que no admiten prueba en contrario y las que sí admiten tales pruebas, con o sin limitaciones. Hay que advertir que afirmar que no se admite prueba en contrario, no quiere decir que no pueda aportarse prueba para destruir el fundamento de la presunción, es decir, la proposición base. Lo que la ley no permite es atacar el enlace de la presunción o probar la inexistencia del hecho presumido, pero nada impide justificar que el hecho que se invoca como antecedente no existe (o no ha existido) o que no es el que específicamente requiere la ley. El efecto directo de la presunción legal es liberar a la parte a la que se beneficia de la carga que entraña la prueba de la proposición presumida, pero no de la proposición base. Y en cuanto la ley admita tal prueba y ella destruya el supuesto base, la presunción deja de surtir efecto.

2.5. Interesa pues distinguir dos estrategias diferentes destinadas a «atacar» una presunción:

A. La estrategia de bloqueo: La presunción «Dado P, se presumirá que Q» queda *bloqueada* en el caso c si, y solo si, se justifica que no está probado p en c, o se prueba la negación de p en c.

B. La estrategia de destrucción: La presunción «Dado P, se presumirá que Q» queda *destruida* en el caso c si, y sólo si, se prueba la negación de q en c.

«En ambos casos el efecto es el mismo: la presunción no entra a operar en el caso individual. La diferencia principal radica en la carga y dirección de la prueba: quien se beneficia de una presunción sólo debe probar la pro-

posición base, mientras que quien pretende evitar ese beneficio debe producir prueba en sentido contrario, en alguna de estas dos direcciones: respecto de la proposición base o respecto de la proposición presumida. La estrategia de destrucción, obviamente, sólo puede ser empleada cuando la presunción atacada es una presunción *iuris tantum*» (pág. 98).

3. Hasta aquí las tesis de Mendonca que me interesaba resaltar; veamos ahora la distinción que algunos procesalistas trazan entre «presunciones en sentido estricto» y «presunciones aparentes o verdades interinas» [3].

3.1. En las llamadas «presunciones en sentido estricto» se dan, según los procesalistas, tres elementos esenciales: un hecho base o indicio, un hecho presunto o presumido y una relación o nexo causal entre ellos. Así, si se acredita mediante prueba directa el hecho base, se tiene por cierto el hecho presunto. Estas presunciones implican, más que una inversión de la carga de la prueba, una modificación del *thema probandi*: la distribución de la carga de la prueba no se ve afectada en lo que se refiere a la iniciativa probatoria de las partes (no afecta al quién tiene que probar) pero sí a los hechos que se tienen que probar; pues el hecho presumido sólo podrá ser tenido en cuenta cuando la parte favorecida por él haya acreditado el hecho base. La parte contraria, cuando éste último haya sido probado, tendrá bien que atacar la prueba del hecho base, bien que atacar el hecho presumido. Un ejemplo de estas presunciones lo constituye el art. 1210 del Código civil, que establece una presunción de subrogación en el crédito cuando un tercero pague la deuda con aprobación del deudor. Para que la presunción pueda ser tenida en cuenta es necesario que el hecho base –el pago por un tercero con aprobación del deudor– quede probado, y si esto se produce, la contraparte tendrá que acreditar que el pago no se produjo, que se produjo sin aprobación del deudor o que, habiéndose producido, el efecto no ha sido el de la subrogación.

3.2. Frente a las anteriores están las llamadas «presunciones aparentes o verdades interinas». Lo característico en ellas es que si bien adoptan la forma (la apariencia) de presunciones, en realidad su única función es la de establecer un reparto del *onus probandi*. En este sentido, por ejemplo, escribe Manuel Serra Domínguez: «[para] establecer reglas legales de distribución de la carga de la prueba se vale el legislador de dos diversos expedientes: A) Establecer directamente una regla de carga de la prueba, grabando a una de las partes con la prueba de un hecho determinado [por ejemplo, el art. 850 del Código civil establece que «la *prueba* de ser cierta la causa de la desheredación *corresponderá* a los herederos del testador, si el des-

[3] En este punto sigo a Mercedes Fernández López: *La carga de la prueba en el proceso civil*, Tesis de licenciatura, Alicante, 2000.

heredado lo negare»]. B) «Crear falsas presunciones que no tienen otra finalidad que enmascarar las reglas sobre la carga de la prueba» [por ejemplo, el art. 434 del Código civil establece que «la buena fe se *presume* siempre, y al que afirma la mala fe de un poseedor corresponde la prueba»][4]. De acuerdo con este planteamiento las reglas que establecen «falsas presunciones» no serían más que un modo indirecto de establecer reglas sobre la carga de la prueba. Así, por ejemplo, la regla contenida en el art. 1183 del Código civil, que dice que «siempre que la cosa se hubiese perdido en poder del deudor, se presumirá que la pérdida ocurrió por su culpa y no por caso fortuito, salvo prueba en contrario», bien podría haberse redactado sin menoscabo alguno simplemente diciendo que «en caso de pérdida de la cosa debida, la prueba del caso fortuito corresponde al deudor»[5].

3.3. La clave de la distinción entre «presunciones en sentido estricto» y «presunciones aparentes» parece radicar, pues, en lo siguiente: Las «presunciones en sentido estricto» no afectan a la carga de la prueba (quién tiene que probar), sino sólo al tema de la prueba (qué hay que probar); benefician a una parte, en cuanto que le facilitan la prueba, pero no exoneran a nadie de la necesidad de probar: la parte beneficiada tendrá siempre, como mínimo, que probar el hecho base. Por el contrario, las «presunciones aparentes» son estrictamente reglas de la carga de la prueba; en consecuencia, la parte favorecida no tiene que acreditar hecho base o indicio alguno: queda exonerada de la prueba de cualquier hecho relacionado con el hecho presunto.

4. El propósito de esta nota –ya lo dije al principio– no es estudiar a fondo las presunciones, sino más bien formular algunas hipótesis que de confirmarse mostrarían, por un lado, la insuficiencia de los esquemas que –como el asumido por Mendonca– están basados exclusivamente en la noción de regla de presunción y, por otro, pondrían en cuestión ciertas afirmaciones de algunos procesalistas. La estrategia argumentativa que voy a seguir es muy sencilla: recurriré a Mendonca para cuestionar a los procesalistas y recurriré a estos últimos para cuestionar a Mendonca.

4.1. En primer lugar, si bien es cierto que en el trabajo de Mendonca no hay referencia alguna a lo que los procesalistas llaman «falsas presunciones» o «presunciones aparentes», siguiendo sus afirmaciones no se encuentran razones para excluir a estas presunciones de la clase de las presunciones legales; y, si ello es así, no se ve por qué deban reducirse a simples reglas de la carga de la prueba. En efecto, las «falsas presunciones» o «verdades interinas» ordenan algo muy semejante a lo que Mendonca atribuía a las reglas de presunción: establecen que debe procederse como si Q fuese

[4] Serra Domínguez, M. y Gutiérrez de Cabiedes y Cordón Moreno, F.: *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones Forales*, Vol. XVI, T. 2, Madrid, 1992, pág. 52.

[5] Cfr. Fernández López, Mercedes: ob. cit., pág. 148.

verdadero, ordenan tener por establecido un hecho. El deber que imponen es tan peculiar como el de las reglas de presunción (o «presunciones en sentido estricto»): su contenido consiste en aceptar ciertas premisas. Además, de ellas pueden predicarse también las notas de la parcialidad (favorecen a una parte) y de la derrotabilidad o superabilidad. Luego, si lo anterior es cierto, parece que la pretensión de los procesalistas de reducir estas presunciones a reglas de la carga de la prueba resulta infundada. Naturalmente, ellas inciden sobre la carga de la prueba, pero su contenido no se agota en eso: el mandato de tener por establecido un hecho implica que, a falta de prueba, el Derecho no suspende el juicio, sino que ordena aceptar una premisa que afirma como verdadera la ocurrencia de ese hecho. La diferencia entre verlo de una forma u otra puede mostrarse claramente a partir de un ejemplo: Conforme a lo ordenado por la presunción de la buena fe en la posesión, del hecho de que la mala fe no resulte probada no se sigue sólo que las consecuencias jurídicas de la mala fe no sean aplicables, sino también la obligación de aceptar la premisa de que la posesión ha sido de buena fe.

4.2. En segundo lugar, si lo anterior es correcto tal vez tenga sentido suponer –en contra de lo afirmado por Mendonca– que al menos algunas presunciones no cumplen exclusivamente una función instrumental consistente en superar situaciones de *impasse* del proceso decisorio. En este contexto, la palabra «instrumental» puede resultar algo engañosa; porque una cosa es decir que todas las normas pueden ser vistas como instrumentos para la protección o promoción de ciertos bienes o valores jurídicos (y en este sentido las normas de presunción no serían diferentes de las otras normas) y otra cosa es decir que el único bien que tratan de proteger es el proceso de decisión. En mi opinión, el sentido de muchas presunciones legales no es sólo (ni fundamentalmente) superar situaciones de *impasse*. La nota de la parcialidad de las presunciones (destacada por Mendonca) hace plausible la hipótesis de que muchas de ellas cumplen una función garantista que va mucho más allá de la meramente instrumental en relación con el proceso de decisión; lo que, a su vez, permitiría explicar por qué algunas de esas presunciones son concebidas como garantías. Si ello es así, me parece claro que la pretensión de algunos procesalistas de reducir todas las «presunciones aparentes» a reglas de la carga de la prueba (lo que en algunos casos podría suponer reducir las garantías a cargas) se hace acreedora de todas las críticas que en el ámbito del Derecho sustantivo se han dirigido a la tesis de la reductibilidad de los derechos a deberes [6]. En un caso se sostendría que un

[6] Para una crítica a la tesis de la correlatividad entre derechos y deberes (o, en la terminología aquí asumida, a la tesis de la reductibilidad de los derechos a deberes), véase Laporta, Francisco: «Sobre el concepto de derechos humanos», en *Doxa*, nº 4, 1987.

enunciado que afirma que uno tiene un derecho se reduce a un enunciado de que otro tiene un deber; en el otro, que un enunciado que afirma que alguien es titular de la garantía procesal que representa la presunción se reduce a un enunciado de que otro tiene una carga procesal de probar [7]. Estas reducciones ignorarían las relaciones de justificación y estarían confundiendo los bienes o valores jurídicos (en definitiva, los títulos) con las técnicas normativas diseñadas para su protección. Un corolario de esta hipótesis sería que mientras que tiene pleno sentido afirmar que alguien tiene una carga *porque* otro tiene una garantía, no lo tendría afirmar que alguien tiene una garantía *porqu*e otro tiene una carga.

4.3. En otro lugar, siguiendo en parte un esquema propuesto por Atienza y Ruiz Manero [8], he dicho que la mejor manera de caracterizar desde una perspectiva estructural la distinción entre reglas y principios es recurriendo a la caracterización que Von Wright hace de las normas categóricas. Los principios son un tipo de pauta de conducta, de normas cuyas condiciones de aplicación derivan exclusivamente de su contenido; y, en este sentido, constituyen mandatos incondicionados. A diferencia de ellos, las reglas son normas que sí cuentan con condiciones de aplicación adicionales a las que derivan de su propio contenido; por ello en su formulación adoptan típicamente una estructura condicional. Naturalmente, todas las normas jurídicas, sean principios o reglas, son *prima facie*, ninguna de ellas contiene mandatos absolutos. La estructura categórica o hipotética de las normas jurídicas no afecta a su carácter de derrotables, sino a la forma en que pueden ser derrotadas [9].

Pues bien, todo esto tiene que ver con lo siguiente, y ahí va la tercera hipótesis: Tal vez una buena manera de dar cuenta de la distinción de los procesalistas entre «presunciones en sentido estricto» y «presunciones aparentes» sería recurrir a la distinción entre reglas y principios. Si se acepta que todas las presunciones responden a normas de presunción con el contenido peculiar que Mendonca les atribuía, entonces podría decirse que hay presunciones establecidas por reglas y presunciones establecidas por principios; en particular, las llamadas «presunciones en sentido estricto» serían

[7] En este punto conviene introducir dos matizaciones para evitar malentendidos: Primera, no estoy afirmando que todas las garantías procesales se tengan frente a la otra parte del proceso; muchas de ellas no son explicables en términos de una relación entre las partes. Y segunda, no estoy manejando una semejanza de términos que pudiera llevar a considerar que propongo ver a las cargas procesales como deberes y cosas por el estilo; para formular la hipótesis he recurrido no a una semejanza de términos, sino a una semejanza de relaciones.

[8] Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan: *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona, 1996.

[9] Aguiló Regla, Josep: *Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*, Ariel, Barcelona, 2000, págs. 136 y ss.

presunciones-regla y las «presunciones aparentes», presunciones-principio. La diferencia estructural entre ellas está clara: en las primeras, la obligación de aceptar Q depende de ciertas circunstancias, básicamente de la prueba de P; en las segundas, la obligación de aceptar Q no está sometida a condición alguna. Si uno se da cuenta de ello, entonces a lo mejor es posible relacionar esta diferencia estructural con algunas diferencias funcionales, así como con las diferentes estrategias encaminadas a desactivar una presunción. En efecto, las presunciones-principio (tales como la presunción de inocencia, la de la buena fe, etc.), las que operan de manera incondicionada (no tienen más condiciones que las que derivan de su contenido), tienen un alcance justificativo mucho mayor que las otras, lo que les atribuye un papel mucho más importante en la conformación del propio proceso y de la decisión final. Este papel conformador se ve claro cuando uno se da cuenta de que influyen no en el *thema probandi*, sino en el *onus probandi*; lo que a su vez se traduce en que la única estrategia disponible para desactivarlas es la de la destrucción de la presunción, es decir, probar no Q. Por el contrario, las presunciones-regla juegan, me parece, un papel conformador del propio proceso mucho menor y, en muchos casos, tal vez pueda pensarse que, en efecto, centralmente cumplen esa función instrumental en relación con el proceso de decisión de superar situaciones de *impasse*. Por ello, si bien presentan también la nota de la parcialidad, pues facilitan la prueba a una de las partes (alteran el qué tiene probar la parte beneficiada), no se traducen en una inversión de la carga de la prueba (no afectan al quién tiene que probar). En relación con ellas, en la medida en que sean *iuris tantum*, caben las dos estrategias de desactivación de la presunción: la estrategia de bloqueo y la estrategia de destrucción.

Esta tercera hipótesis, la de que hay presunciones-principio y presunciones-regla, puede reforzarse imaginando cómo afectaría a nuestro Derecho civil un cambio legislativo en relación con algunas de ellas. Me parece claro que si por ejemplo la buena fe en la posesión dejara de presumirse y tuviera que ser probada se consideraría que se ha producido un cambio normativo cuyo alcance nadie lo reduciría a una simple modificación de las técnicas para superar situaciones de impasse; cosa que me parece que no ocurriría si se modificase la presunción de subrogación en el crédito por el pago de un tercero con aprobación del deudor.

4.4. Si bien se considera, y si lo anterior es acertado, podría establecerse una correspondencia entre tipos de presunciones y estrategias disponibles para su desactivación.

4.4.1. Las presunciones-principio sólo pueden ser destruidas: dado que la obligación de aceptar como premisa la proposición presumida no está condicionada a la prueba de la verdad de ninguna otra proposición, no cabe

la posibilidad del bloqueo; toda la prueba está orientada a mostrar la falsedad de la proposición presumida. La asimetría que estas presunciones generan entre las partes (liberan a una de ellas de cualquier carga probatoria) es precisamente lo que hace plausible la hipótesis consistente en atribuirles el rol esencialmente garantista y conformador del propio proceso al que más arriba se ha aludido.

4.4.2. Las presunciones-regla *iuris tantum* pueden ser desactivadas recurriendo tanto a la estrategia del bloqueo como a la de la destrucción; es decir, mostrando que o no se dan (o no han quedado acreditadas) las circunstancias que condicionan la obligación de aceptar la proposición presumida (que el antecedente no ha quedado probado), o la falsedad de la proposición presumida. Estas presunciones, obviamente, no liberan a ninguna de las partes de la carga de probar; de ahí, del hecho de que la asimetría que generan sea mucho menor, resulta plausible la hipótesis de que su función es ciertamente orientadora (más que conformadora) del proceso de decisión; o, como decía Mendonca, están destinadas a superar situaciones de impasse en el proceso decisorio.

4.4.3. Las presunciones-regla *iuris et de iure* sólo pueden ser bloqueadas, ellas vedan destruir el nexo entre el antecedente y el consecuente; de forma que si queda acreditado el antecedente, entonces queda «necesariamente» acreditado el consecuente.

4.5. Finalmente, quiero introducir algunos comentarios en torno a estas últimas presunciones, las presunciones *iuris et de iure*. Es obvio que el Código civil español las reconoce en su art. 1251, pero también lo es que no resulta nada fácil encontrar ejemplos claros de las mismas y que, además, se trata una figura jurídica altamente controvertida[10]. En cualquier caso, como se ha visto, para poder hablar de presunción *iuris et de iure* deben darse estos tres requisitos: a) una proposición base cuya verdad debe probarse; b) una proposición presumida cuya verdad debe aceptarse; y c) una prohibición de prueba en contra de la verdad de la proposición presumida. Por ello, como decía Mendonca, estas presunciones pueden ser bloqueadas pero no destruidas. Ahora bien, esa tercera característica parece arrojar a la proposición presumida fuera del ámbito de las proposiciones; sea cual sea su apariencia no parece ser un buen candidato para expresar ninguna verdad

[10] En este sentido, por ejemplo, ha escrito Carlos S. Nino: «[...] el consenso democrático no puede funcionar como criterio de verdad fáctica para fundamentar la legitimidad jurisdiccional. Son incompatibles con los principios de una democracia liberal las leyes que preconstituyen hechos particulares, creando ficciones o presunciones iuris et de iure, como los llamados "delitos de peligro abstracto"; ellas implican que los poderes políticos se arrogan una función inherente al Poder Judicial» [en *Fundamentos de Derecho Constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1992, pág. 450.].

fáctica, no se ve qué función veritativa pueda cumplir. A partir de ahí, y más allá de las cuestiones puramente verbales, tal vez haya razones para expulsar a las «presunciones *iuris et de iure*» del mundo de las presunciones, estipulando que el ámbito en el que las presunciones operan es el de la verdad fáctica. Adonde apunto es a lo siguiente: en mi opinión, meter en el mismo «saco» a todas las «presunciones» lleva a confundir dos relaciones que me parecen claramente diferentes: la relación entre hecho probado y hecho presumido, por un lado, y la relación entre hecho probado y hecho constituido (o resultado institucional), por otro. La primera relación tiene que ver con los hechos del caso, afecta a la verdad fáctica, su ámbito es, por decirlo de algún modo, el mundo «natural» y, por tanto, se sitúa en el terreno de la prueba. Éste es, me parece, el ámbito en el que las presunciones, si bien están normativamente impuestas, cumplen una función veritativa: su contenido –como veíamos– consiste en aceptar como premisa una proposición. La segunda, por el contrario, tiene que ver con la calificación jurídica de los hechos del caso, su ámbito es el paso de los hechos del caso a los resultados institucionales y, por tanto, se sitúa fuera del ámbito de la prueba: el problema aquí no es determinar qué ha ocurrido (lo que constituiría un problema de prueba), sino cómo calificar lo ocurrido con el fin de atribuirle unas u otras consecuencias jurídicas [11]. Éste es el ámbito en el que hay que ubicar en mi opinión a la mayoría de situaciones que los juristas consideran presunciones *iuris et de iure* porque, en realidad, más que una prohibición de prueba, en ellas lo que hay es una simple imputación normativa y, obviamente, éstas no pueden ser objeto de prueba. Para ilustrar la confusión que supone ver como presunciones a simples cuestiones de calificación me voy a valer de un ejemplo traído del Derecho tributario aunque, ciertamente, simplificado y retocado. Imaginemos una regla en materia fiscal que estableciera que las donaciones realizadas durante los cinco años anteriores a la muerte del causante se entenderán hechas a título sucesorio y que el tratamiento fiscal de la donación fuera diferente del de la sucesión. Situaciones semejantes a ésta son tratadas en ocasiones como presunciones (*iuris et de iure*, pero presunciones al fin y al cabo); sin embargo, en mi opinión, difícilmente pueden explicarse a la luz de la relación entre hecho probado y hecho presumido, puesto que en realidad no se presume ningún nexo entre hechos «naturales» susceptible de ser bloqueado o destruido. Lo que hay es un único hecho «natural» que bajo ciertas condiciones da lugar al resultado institucional donación (con las consecuencias jurídicas que de él se siguen) y que bajo otras condiciones da lugar al resultado institucional sucesión

[11] Para una exposición detallada de la dimensión constitutiva del Derecho y una crítica de la noción estándar de «hecho jurídico» puede verse Aguiló Regla, Josep: ob. cit, págs. 52 y ss.

(con las consecuencias jurídicas que de él se siguen). Pero en ambos casos la conexión entre el hecho probado (lo ocurrido) y el resultado institucional es convencional y normativa, no cumple ninguna función veritativa y no obliga al juez a aceptar (tener por cierta) ninguna proposición relativa a los hechos del caso. Este tipo de situaciones poco tienen que ver con las presunciones; en realidad, no hay prohibición de prueba: habrá que probar la verdad fáctica (lo ocurrido, el hecho «natural» y sus circunstancias) para después determinar si el resultado institucional es la donación o la sucesión.

Algo bastante parecido puede decirse de otras situaciones jurídicas que la doctrina ha explicado como ficciones legales (figura ésta –la de las ficciones– que en no pocas ocasiones ha sido tratada de manera muy semejante a las presunciones *iuris et de iure* [12]). Considérese el ejemplo típico de la ficción del concebido no nacido establecida en el art. 29 del Código civil que dice que «el nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables...» [13]. Este artículo ciertamente no finge ningún hecho natural, no obliga al juez a aceptar ninguna premisa relativa a los hechos, ni tampoco establece ninguna prohibición de prueba relativa a que el nacimiento del concebido no nacido no se ha producido. A lo único que obliga es a aplicar al concebido no nacido algunas de las consecuencias jurídicas que se siguen de la atribución de personalidad. Y ello, obviamente, no puede ser destruido mediante prueba porque nada tiene que ver con la prueba.

El origen de todas estas confusiones se sitúa me parece en una concepción profundamente esencialista de la relación entre hechos naturales y hechos constituidos (o resultados institucionales), que lleva a pensar por ejemplo cosas tales como que la imputación jurídica de la paternidad (hecho constituido o resultado institucional) implica necesariamente o bien una presunción de la paternidad biológica (hecho natural) o bien una ficción deformadora de la realidad (ficción de la paternidad biológica). Si se es cons-

---

[12] A propósito de esta semejanza escribe Regina Garcimartín Montero [en *El objeto de la prueba en el proceso civil*, Cedecs, Barcelona, 1997, pág. 74], «Además de las presunciones, se puede producir también una fijación del hecho a través de las ficciones; no se trata de una figura jurídica que tenga naturaleza idéntica a las presunciones *iuris et de iure*, sino que entre ambas existen ciertas diferencias: la ficción tiene carácter material, frente al carácter procesal de la presunción; además, la presunción supone consagrar legalmente una máxima de experiencia, mientras que la ficción no obedece necesariamente a criterios de búsqueda de la verdad, de forma que, así como la ficción finge lo falso, la presunción intenta alcanzar la verdad.

«Sin embargo, ninguna de estas diferencias afecta al tratamiento que tanto las ficciones como las presunciones *iuris et de iure* reciben en el proceso, ya que en ambos casos lo que se da es una prohibición de prueba del hecho ya determinado legalmente»

[13] Para un análisis de esta ficción puede verse Hernández Marín, Rafael: «Ficciones jurídicas», en *Doxa*, nº 3, 1986.

ciente del carácter convencional (y normativo) de esta relación, entonces es fácil darse cuenta de que la imposición por parte del legislador de un resultado institucional en lugar de otro no implica necesariamente una presunción sobre ninguna verdad fáctica, ni ninguna ficción deformadora de la realidad. Estas consideraciones me llevan a pensar que, más allá de las cuestiones puramente verbales heredadas de la tradición jurídica, no puede darse una explicación unitaria de todos los fenómenos denotados por el rótulo «presunciones legales». Algunos de estos fenómenos pueden explicarse como intervenciones normativas referidas a la verdad fáctica y se traducen en la obligación de aceptar una proposición (proposición que por su propia naturaleza tiene que ser susceptible de ser falsada, esto es, destruida). Otros fenómenos, como las presunciones *iuris et de iure* y las ficciones, difícilmente pueden explicarse desde los parámetros anteriores. La clave para su comprensión radica en desvincularlos del ámbito de la verdad fáctica y resituarlos en el ámbito de la constitución de resultados institucionales y de la imputación de consecuencias jurídicas. Desarrollar esta idea requiere, por un lado, echar mano de la noción de regla puramente constitutiva y, por otro, romper la ambigüedad con que los juristas usan la expresión «hecho jurídico» [14]. Pero todo ello está muchísimo más allá de las pretensiones con las que inicié este trabajo.

[14] Las reglas puramente constitutivas establecen que si se da un determinado estado estado de cosas se produce un determinado resultado institucional o cambio normativo y su forma canónica es «Si se da el estado de cosas X, entonces se produce el resultado institucional R». Así, por ejemplo, la regla que establece la mayoría de edad sería reformulable en los siguientes términos: «si se da el estado de cosas X (tener 18 años cumplidos), entonces se produce el resultado R (mayoría de edad). El carácter constitutivo de estas reglas proviene de que ellas crean la posibilidad de que se dé el resultado institucional. Cfr. Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan: ob. cit., pág. 166. La ambigüedad de la expresión «hecho jurídico» proviene de que los juristas unas veces la usan para referirse a los hechos del caso y otras, a la calificación de los hechos o al *nomen iuris* con el que se designa el resultado institucional. Así, en relación con el ejemplo anterior, la expresión «hecho jurídico» se usa indistintamente para referirse al supuesto de hecho (tener 18 años cumplidos) como al resultado institucional (mayoría de edad). Cfr. Aguiló Regla, Josep: ob. cit., págs. 54 y ss. Naturalmente, el estado de cosas X puede ser objeto de prueba (para determinar si se han cumplido o no los 18 años de edad), pero el paso de la X a la R (de los 18 años a la mayoría de edad) no.

Manuel Atienza

«ENTREVISTA A ALEKSANDER PECZENIK»

DOXA 22 (1999)

ENTREVISTA A ALEKSANDER PECZENIK

Manuel Atienza
Universidad de Alicante

Manuel Atienza: En la actualidad eres uno de los filósofos del Derecho de más renombre en el mundo. Me gustaría conocer algunos detalles sobre tu curriculum. ¿Por qué te has dedicado a la filosofía del Derecho?

Aleksander Peczenik: La respuesta es bastante compleja. Estudié Derecho en la Universidad Jagiellonia en Cracovia. Una de las materias obligatorias era la teoría del Derecho y del Estado. No era exactamente la misma temática que la de la filosofía del Derecho. Se trataba más bien de una combinación de descripción general del sistema jurídico, sociología descriptiva del Derecho y algunas incursiones filosóficas en la naturaleza del Derecho. En ese momento (al final de los 50), la teoría del Derecho en Cracovia estaba sumamente influida por la versión psicologicista del realismo jurídico creada a comienzos del siglo XX por Leon Petrazycki. Mi profesor, Kazimierz Opalek, se consideraba a sí mismo como un teórico del Derecho, no como un filósofo. Sin embargo, su interés principal, el método de la investigación jurídica, le llevó a una especie de filosofía de la ciencia jurídica. Más adelante, leí mucha filosofía de la ciencia, especialmente a Popper. En Suecia, a donde llegué en 1969, me encontré con el famoso profesor finlandés Aulis Aarnio, el cual me convenció de que estudiara a Wittgenstein. Luego, decidí escribir una tesis de doctorado en filosofía (*Las bases de la justificación jurídica*) en la que predomina la influencia tanto de Popper como de Wittgenstein. En ese tiempo (1983) estaba ya firmemente convencido de que la teoría jurídica es básicamente una disciplina filosófica.

M.A.: ¿Cuáles serían las fases principales en tu trabajo teórico?

A.P.: La primera fase es la polaca, hasta 1969. Podría titularse: «Buscando analogías entre lo normativo y lo descriptivo». Puede también ser descrita como una reacción contra el realismo jurídico. Estaba firmemente convencido de alguno de los dogmas del realismo jurídico, por ejemplo, el de que los juicios de valor carecen de valor de verdad y el de que no hay valores objetivos. Al mismo tiempo, estaba profundamente insatisfecho con la

visión de que la interpretación jurídica es sólo una cuestión de sentimientos y de poder político. ¿Cómo puede ser entonces que los enunciados jurídicos interpretativos sean racionales y valorativos? Mi respuesta consistió en trazar algunas analogías entre la estructura de las inferencias en el campo normativo y en el descriptivo. En mi tesis de doctorado en Derecho en Cracovia (1963), intenté encontrar analogías entre la semántica de los enunciados descriptivos y la semántica de las normas, reconociendo al mismo tiempo que los primeros tenían lo que Searle llamó últimamente ajuste mundo-palabra, y los segundos, ajuste palabra-mundo. Dicho en términos simples, los enunciados descriptivos son calificados como verdaderos o falsos, mientras que las normas califican algunas acciones y otras cosas como prohibidas, obligatorias o permitidas. Si hubiera tenido un buen profesor de lógica, esa investigación hubiese probablemente desembocado en un tipo de teoría de los mundos deónticamente perfectos. Pero no lo tuve, y deje por completo ese tema hacia 1963. Sin embargo, seguí con el interés por las analogías entre el dominio de lo descriptivo y de lo normativo, lo que me llevó a mi tesis para el grado de docente (1966), en la que hice una comparación entre la inducción en el dominio de lo descriptivo y la justicia en el de lo normativo.

La segunda fue la fase de Estocolmo, de 1969 a 1976. Para mí, fue la fase de confrontación entre la teoría jurídica polaca y el pragmatismo jurídico sueco. Aprendí entonces que el problema clave del razonamiento jurídico es el de la ponderación. Esta era la opinión dominante en la Facultad de Derecho de Estocolmo en aquel momento. Otra opinión dominante allí era la visión de que lo que uno pondera en el razonamiento jurídico son las fuentes del Derecho, es decir, leyes, precedentes, materiales legislativos preparatorios, etcétera. Traté de integrar esa visión con mi trasfondo polaco, que me llevaba a razonar en un nivel mucho más alto de abstracción que el de mis colegas suecos. De ello resultó una teoría sobre la jerarquía *prima facie* de las fuentes del Derecho, presentadas como un capítulo del libro de texto *Juridikens metodproblem* (1974). Al mismo tiempo, mantuve casi inalterada mi concepción teórica del periodo polaco. Al final de los setenta, me ocupé también de un problema más particular, el de la adecuada causación en los ilícitos civiles (los *torts*), esencialmente en la misma forma.

La tercera fue la fase de Lund, de 1976 a 1995. Puede ser llamada fase formativa. Ante todo, traté de anclar los puntos de vista desarrollados en las dos primeras fases en la teoría wittgensteiniana de las formas de vida y en la paráfrasis de Aarnio de esta teoría. El resultado fue «*Las bases de la justificación jurídica*», de 1983. En ese tiempo, estaba firmemente convencido de que el razonamiento jurídico en general y el razonamiento en la investigación jurídica en particular, son juegos de lenguaje. Las particularidades, que había advertido en las dos primeras fases, eran justamente particularidades de un juego de lenguaje entre muchos otros. Pero en esta fase había

ocurrido algo más. A finales de los setenta, tuve contactos estrechos con Karl Olivecrona. Para Olivecrona, el razonamiento jurídico estaba lleno de ficciones, tales como validez, derechos, y otras cosas en las que los juristas creían. Me ocurría que podía aceptar casi todo de lo que decía Olivecrona, si cambiaba la palabra «ficción» por la palabra «construcción». De hecho, el Derecho válido y los derechos son constructos humanos. Pero, en un sentido, todo nuestro mundo es un constructo humano, pues uno no puede tener un acceso a las cosas en sí mismas. De esta manera, llegué a la conclusión de que la producción de conocimiento, de cualquier conocimiento, es una serie de saltos deductivos que van llevando a entidades cada vez más complejas. En consecuencia, «*The Basis of Legal Justification*» fue mucho más que un apuntalamiento, a la manera wittgensteiniana, de analogías entre lo normativo y lo descriptivo a la que antes me referí. Fue más bien un esbozo de una filosofía del Derecho bastante idealista: el conocimiento del Derecho es un producto de saltos y de transformaciones ontológicas lo cual, sin embargo, es conocimiento. Después de reflexionar, hube de concluir que es conocimiento porque es coherente. Encontré también algunos apuntes coherentistas en Wittgenstein. El producto de todo esto fue el libro «*On law and reasoning*» (1989). Pero, de alguna forma, no estaba contento con eso. Desarrollé una versión sueca más extensa (en 1995) en la que, sin embargo, no cambié mucho.

A partir de aquí empieza la cuarta y por el momento última fase a la que podría llamar «Encontrando puentes». Hacia 1995 decidí dejar de vivir la vida de un pensador solitario y comenzar una confrontación entre la propia reflexión y lo que estaba ocurriendo a mi alrededor. Esta decisión vino facilitada por la emergencia de nuevos recursos comunicativos como el correo electrónico y la red. Descubrí así que lo que yo manejaba como «transformaciones» puede vincularse al debate ontológico acerca de los méritos y de los límites del reduccionismo. También descubrí la necesidad de anclar mis propias visiones coherentistas desde el punto de vista de la teoría del Derecho con las teorías coherentistas desarrolladas por pensadores como Keith Lehrer. Finalmente, pero no menos importante, descubrí que lo que yo trataba como «saltos» [jumps] puede ser reformulado en términos de derrotabilidad [defeasibility], de acuerdo con la principal corriente de investigación en inteligencia artificial y Derecho. El darme cuenta de todos esos puentes me hizo sentirme mucho menos seguro acerca del punto de vista no cognoscitivista en relación con los valores y las normas. Siempre he pensado que estos pueden ser justificados en términos de coherencia. Si alguien debe cambiar una parte de su propio sistema de creencias, trata de cambiarlo lo menos posible y mantener todo el resto coherente. ¿Pero qué es lo que trata entonces de mantener inmodificado? Una fácil respuesta cognitivista es «la verdad». La coherencia es interesante como criterio de verdad.

¿Quién necesita la coherencia en el campo de las creencias que, por definición, no pueden evaluarse en términos de verdad? Por otro lado, ¿puedo aceptar una perspectiva objetivista y decir que el conocimiento jurídico -aunque valorativo- es verdadero? ¿Puedo hacer esto después de todos los compromisos con Petrazycki y Olivecrona? ¿O debo adoptar algún tipo de perspectivismo : una perspectiva metafísica no cognoscitivista y una perspectiva jurídica cognoscitivista? ¿No podría llevar ese perspectivismo a un excesivo relativismo? El futuro nos dirá lo que haya de ocurrir.

M.A.: ¿Cuál consideras que es tu principal contribución a la filosofía del Derecho? En el primer número de DOXA, en 1984, habías indicado como temas principales de la filosofía del Derecho la argumentación jurídica (en particular, la función que en la misma cumple la moral) y el estatus de la dogmática jurídica. ¿Cuál es ahora tu opinión?

A.P.: Me gustaría creer que es el análisis de las analogías y diferencias entre el razonamiento jurídico y el razonamiento teórico. No creo que se pueda hacer una filosofía del Derecho profunda sin un análisis cuidadoso de este tipo. Esto lleva a situar al razonamiento jurídico en el centro de la visión del mundo del teórico del Derecho y a que los problemas filosóficos básicos giren alrededor de la autocomprensión del jurista. De hecho, en el primer número de DOXA (en 1984) había indicado, como el primer tema de la filosofía jurídica, el razonamiento jurídico y el estatus de la dogmática jurídica. Sigo opinando igual. Lo que es más, creo que ese tipo de análisis tiene implicaciones prácticas. Una vez que se percibe que la estructura del razonamiento es profundamente similar en las cuestiones valorativas de la investigación jurídica y en la ciencia genuina, se comprende que la razón en el Derecho es una cuestión demasiado importante para ser dejada a los políticos. Así, no creo que el Derecho deba subordinarse a la política, como tiende a creer la mayor parte de mis colegas suecos. El Derecho ha de ser más bien un límite a la política.

M.A.: Hablemos sobre la argumentación jurídica. ¿Qué lugar ocupa, en tu opinión, el razonamiento deductivo y el no deductivo en el razonamiento jurídico? ¿Podrías explicar con algún detalle tu teoría de los saltos [jumps] no deductivos? Y, dado que un razonamiento no deductivo puede transformarse en deductivo añadiendo algunas premisas, ¿cuál es exactamente la función de las inferencias no deductivas en el razonamiento jurídico?

A.P.: Sólo el razonamiento deductivo es válido en sentido estricto. A este respecto, soy muy ortodoxo. Los saltos no deductivos son derrotables [defeasible] . Por ejemplo, la analogía legal puede llevar de premisas correctas a una conclusión equivocada. Lo interesante del razonamiento derrotable es que normalmente –aunque no siempre– lleva de premisas correctas a conclusiones correctas. Permíteme remarcar la palabra «normalmente». En lugar de esta palabra, yo he usado frecuentemente la palabra «prima facie» y,

recientemente, «pro tanto». Ahora bien, ¿qué significa «normalmente» en este contexto? Significa, de manera trivial, que el razonamiento vale salvo que el caso sea excepcional. ¿Pero cómo identificar las excepciones? A veces, las excepciones pueden identificarse sobre la base de pruebas empíricas o por referencia al Derecho establecido. Pero en otros casos, el intérprete debe basarse en su propio juicio de razonabilidad: es razonable tratar el caso como excepcional. ¿Qué es razonable, entonces, en tales casos? La razonabilidad tiene algo que ver con la coherencia de las razones pero, en último término, no tengo otra respuesta que afirmar que nosotros captamos intuitivamente que es razonable considerar la situación como excepcional. Es un resultado deprimente: si el razonamiento derrotable no está basado en último término más que en la intuición, ¿por qué lo necesitamos? Una respuesta a esta cuestión es que el pensamiento humano es con frecuencia de esa manera. Con frecuencia pensamos en términos de reglas y excepciones. Incluso en la ciencia estricta, pensamos en términos de teorías principales e hipótesis auxiliares, que explican los casos excepcionales. La idea de razonamiento derrotable viene a ser así un modelo abstracto de cómo los humanos pensamos de hecho. ¿Para qué necesitamos ese modelo? La cuestión es difícil, pero el modelo parece tener un valor explicativo.

M.A.: La teoría estándar de la argumentación jurídica presupone la separación entre el contexto de descubrimiento y el contexto de justificación, y limita su campo de estudio al segundo contexto. ¿Estás de acuerdo con esta distinción y con la reducción del campo de la teoría?

A.P.: Si. Acepto la distinción entre esos dos contextos. Además, yo estoy interesado básicamente en el contexto de justificación. Pero hay niveles de justificación. En el contexto de la justificación última no hay lugar para la derrotabilidad. De nuevo, soy muy ortodoxo. Pero la distancia entre el razonamiento jurídico, tal y como se desarrolla de hecho en la práctica judicial y académica, y la justificación última es tan grande que no podemos cubrirla en un paso. Por esta razón, trabajo con la idea de justificación contextualmente suficiente. Por ejemplo, si el tribunal nos dice que el caso X debe ser resuelto por analogía con la disposición Y, la justificación contextualmente suficiente empezará con, al menos, tres tipos de presuposiciones: primero, en relación con la descripción del caso, segundo, en relación con la validez jurídica de la disposición, y tercero, en relación con el carácter apropiado de la analogía. Las tres presuposiciones son derrotables. En particular, todo lo que tiene que ver con validez jurídica es extremadamente difícil de reducir a teorías empíricas. Una de las tareas de la filosofía jurídica es presentar un modelo abstracto del razonamiento jurídico contextualmente suficiente: por ejemplo, de la analogía legal. Otra tarea es afirmar honestamente que esta justificación contextualmente suficiente no es una justificación última. Todo esto lleva a insertar un nivel intermedio entre la des-

cripción empírica del razonamiento jurídico y el contexto último, filosófico, de justificación. Una gran parte de la teoría jurídica se sitúa en este nivel intermedio.

M.A.: ¿Qué opinión tienes sobre la relación entre el razonamiento jurídico y el moral? ¿Es la argumentación jurídica un caso especial de la argumentación moral?

A.P.: Si, el razonamiento jurídico es un caso especial del razonamiento moral. Pero uno tiene que ser cuidadoso al explicar qué es lo especial. Lo especial es la existencia de casos rutinarios y la posibilidad de justificación contextualmente suficiente en el Derecho. En el nivel de la justificación última, las razones jurídicas serían simplemente una subclase de las razones morales. En ese nivel, cada ejemplo de seguir una regla jurídica debe ser acompañado por una teoría moral general acerca de por qué esa regla debe seguirse. Pero el razonamiento jurídico alcanza raramente la justificación última. Se basa con frecuencia en presuposiciones relativas a la validez jurídica, etc., esto es, se circunscribe a la justificación contextualmente suficiente. En particular, una gran parte del razonamiento jurídico se basa en reglas jurídicas, no en principios morales. Los principios tienen una dimensión de peso. Todo uso de los principios en el razonamiento jurídico es para ponderar. Las reglas son distintas. Yo estoy de acuerdo, entre otros, con Joseph Raz, en que para dar cuenta del diferente rol lógico de las reglas y de los principios hay que asumir que las reglas excluyen la aplicación de los principios, en lugar de decir que las reglas tienen más peso que los principios. Otra manera de aproximarse a la misma cuestión es afirmar que las reglas jurídicas generan razones concluyentes para las decisiones jurídicas, mientras que los principios morales son sólo razones contributivas. Sin embargo, esta teoría no es la última palabra acerca de las reglas. Las reglas son razones concluyentes, pero admiten excepciones. En otras palabras, las reglas jurídicas son razones derrotables en favor de decisiones jurídicas. En la mayor parte de los casos, las disposiciones jurídicas se aplican si sus condiciones son satisfechas, y ellas generan razones concluyentes. A posteriori, tales casos pueden llamarse casos rutinarios («fáciles»). Una vez que se identifica un caso como rutinario, no son necesarias razones morales para resolverlo. A veces, sin embargo, hay objeciones morales en contra de seguir las reglas. Entonces, uno está dispuesto a hacer una excepción. A tales casos se les llama, a posteriori, difíciles. Hay también casos difíciles que provienen de problemas de interpretación. En los casos difíciles, casi todas las disposiciones jurídicas pueden ser derrotadas sobre la base de sopesar razones contributivas a favor y en contra de su aplicación. Y esta ponderación es, en último término, moral.

M.A.: Muchos (o algunos) juristas son escépticos sobre la utilidad de la teoría de la argumentación jurídica en cuanto construcción de filósofos o de

teóricos generales del Derecho ¿Qué crees que se les podría decir al respecto?

A.P.: En efecto, muchos juristas son bastante escépticos sobre la utilidad de la teoría de la argumentación jurídica. Se sienten satisfechos haciendo lo que otros juristas hacen. Manejan el Derecho de manera semejante a como un hablante nativo maneja su lengua. No perciben ninguna necesidad de reflexión, exactamente como un hablante nativo no reflexiona sobre las complejidades de la gramática y los estándares de la elegancia lingüística. Esta actitud es suficiente para los casos rutinarios. Pero en los casos difíciles, esos juristas no pueden hacer nada mejor que seguir sus intuiciones. Como antes decía, las intuiciones son en último término inevitables. Pero deben ir acompañadas de reflexión. Si no, pueden llevar a la injusticia y a la sinrazón.

M.A.: Has dicho que, en el nivel de la justificación última, las razones jurídicas son una subclase de las razones morales; también has afirmado que los casos difíciles surgen, por ejemplo, cuando hay alguna objeción moral en contra de seguir una determinada regla. La pregunta que te hago es: ¿significa eso que el Derecho no puede contemplarse como un sistema cerrado o, para decirlo con la terminología de moda, como un sistema autopoiético?, ¿significa que no es aceptable un concepto como el de la «regla de reconocimiento» de Hart? ¿Dirías que es una tesis correcta la idea de que algo puede ser un principio jurídico simplemente por razones de contenido (por razones morales)? ¿Es esa una descripción –o una reconstrucción– adecuada de nuestra praxis jurídica?

A.P.: Sin duda, el Derecho tiene sus propios criterios para crear y reconocer las reglas jurídicas. Pero la cuestión es que esos criterios son derrotables. Los juristas los usan normalmente sin reflexión. Pero en los casos difíciles, los juristas están dispuestos a revisarlos por razones normativas, que en último término son de carácter moral. Esta revisión afecta sólo al caso difícil de que se trate, o a una clase de casos que sean semejantes a aquel en los aspectos relevantes. No es una revisión general. No afecta a los casos normales. Por lo que se refiere a los casos normales, los criterios del Derecho están en el sistema, hasta que sean cambiados por el legislador autorizado institucionalmente para ello. En consecuencia, un concepto como la «regla de reconocimiento» hartiana es aceptable y fructífero, si uno ve la regla de reconocimiento como derrotable.

La cuestión de si es correcta la tesis de que algo es un principio jurídico únicamente por razones de contenido (razones morales) es difícil de contestar. La palabra clave es «sólo». Debemos hacer la distinción entre justificación contextual y justificación profunda, última. En el nivel de la justificación contextualmente suficiente, el principio jurídico se formula por razones mixtas, en parte morales y en parte institucionales, precisamente como lo dice Dworkin. Pero en el nivel de la justificación última, debemos

prestar atención a las razones morales para obedecer a las instituciones. Las instituciones deben ser obedecidas, salvo que existan razones morales de mayor peso para no obedecerlas. Sólo en este último sentido puede decirse que el principio se introduce sólo por razones morales.

Sobre si es una descripción –o reconstrucción– adecuada de nuestra praxis jurídica, creo que sí. La reconstrucción admite abiertamente que el juez no introduce, y no debe introducir, la justificación moral en los casos normales. En lo que respecta a los casos normales, el juez es, y debe ser, una especie de positivista. Pero él debe estar abierto (y con frecuencia lo está) a dudas moralmente fundadas sobre si el caso es normal. Las dudas penetran en su mente muy raramente, pero en alguna ocasión lo hacen.

M.A.: ¿Qué piensas acerca del Derecho natural? ¿Consideras que la oposición entre el iusnaturalismo y el iuspositivismo (por ejemplo, en relación al concepto de Derecho) es cosa de otro tiempo? ¿Cuál es, en tu opinión, la principal contribución de las teorías del Derecho natural a la cultura jurídica?

A.P.: Tengo sentimientos mezclados con respecto al Derecho natural. Su principal contribución es que sirve de inspiración a la cuestión de la justificación última de las prácticas jurídicas. De esta manera, crea un puente entre el Derecho y la moral. Su punto débil es que tiende a infravalorar la autonomía relativa del Derecho. Para decirlo de manera simple: los positivistas hacen un buen análisis de los casos normales; los partidarios del Derecho natural tienen recursos para hacer un buen análisis de los casos difíciles. Además, los partidarios del Derecho natural se enfrentan con el riesgo de remarcar excesivamente la pretensión de la moral de ser objetiva. Los positivistas, por su lado, se enfrentan con el riesgo de remarcar excesivamente el carácter controvertido de la moral. Ambas posiciones pueden evitar los riesgos si construyen teorías suficientemente sofisticadas. Pero el problema básico permanece, a saber: cómo reconciliar la pretensión de objetividad con la del carácter controvertido. La oposición entre las teorías iusnaturalistas y iuspositivistas sería obsoleta si tuvieramos una buena teoría de las reglas derrotables. Entonces, el positivista analizaría «el lado de las reglas» del Derecho, y el teórico del Derecho natural, «el lado de su derrotabilidad». Pero la teoría de las reglas derrotables tiene sus propios problemas y provoca otras oposiciones.

M.A.: En tus respuestas me parece encontrar un propósito de construir la teoría jurídica procurando buscar un equilibrio entre la necesidad de usar instrumentos filosóficamente precisos y la intención de producir algo que resulte de interés práctico para los juristas. ¿Es correcta esa impresión? ¿Crees que la teoría jurídica, o la filosofía jurídica, está comprometida, hablando en general, con esos objetivos?

A.P.: Sí, mi intención es precisamente procurar encontrar ese equilibrio del que hablas. Creo también que la teoría o la filosofía del Derecho están comprometidas con esos objetivos, pero el problema es si ambas cosas pueden o deben ser perseguidas al mismo tiempo. De hecho, algunos filósofos del Derecho remarcan la perspectiva filosófica, y otros la perspectiva jurídica. A mí me gustaría remarcar la conexión entre esas perspectivas.

M.A.: En alguna de tus respuestas has subrayado la importancia del aspecto institucional del Derecho. La noción de «institución» parece estar en nuestros días en el centro de la teoría jurídica (como ocurrió también hace décadas), pero ese no parece ser un concepto simple. ¿Podrías aclarar en qué sentido usas la noción? ¿Cuál sería la concepción del Derecho opuesta a la institucional?

A.P.: En relación con la noción de «institución», el problema clave es de tipo ontológico. Aquí nos enfrentamos con problemas difíciles. Sólo puedo hacer un breve bosquejo. Las instituciones son supervinientes con respecto a los «hechos brutos», pero es difícil reducirlas a hechos brutos. En cualquier caso, los participantes en las prácticas jurídicas usan un lenguaje que permite la existencia de las reglas mismas, no sólo la existencia de creencias en las reglas. Los partidarios del institucionalismo jurídico dicen con frecuencia que las reglas sociales existen porque todos o casi todos están convencidos de que existen. Entonces, las entidades institucionales (como «contrato», pago» o «Estado») existen porque son la conclusión de alguna regla que existe en una comunidad. Me inclino a aceptar esta teoría, con una modificación que presentaré después. La concepción opuesta a esta teoría es el reduccionismo. Un reduccionista se complace en argumentar, como lo hicieron muchos realistas escandinavos, que no hay instituciones, sino sólo creencias (erróneas) en las instituciones. El reduccionismo es quizás un ideal, pero es difícil conformarse a él. Por ejemplo, ¿puede alguien hacer una lista general y completa de los hechos «brutos» que agoten la noción de «pago»? ¿Puede hacerse a pesar del hecho de que se puede pagar en efectivo, mediante un cheque, con una tarjeta de crédito o por internet, etc.? Creo por tanto que los reduccionistas son demasiado optimistas y que los institucionalistas son más realistas. Hasta aquí, bien. Pero me gustaría añadir a este cuadro el problema de la motivación. El Derecho moralmente vinculante está conectado necesariamente a la motivación normativa, de acuerdo con el esquema: este es el Derecho, por lo tanto, debo seguirlo. A este respecto, yo opongo conscientemente, por ejemplo, la teoría de Joseph Raz de los enunciados jurídicos desinteresados [detached]. Al mismo tiempo, no hay un lazo necesario entre el conocimiento del Derecho como una institución (de acuerdo con la teoría institucionalista del Derecho) y una motivación normativa. En mi opinión, sólo la deliberación moral racional puede convertir el conocimiento del Derecho como una institución en el Derecho que

es una razón normativa para la acción. Tal deliberación nos dice que el Derecho es en principio mejor que el caos, pero que la obligación de obedecer al Derecho puede ser derrotada por razones morales contrarias. En este aspecto, mi propia concepción del Derecho como una razón normativa para la acción parece ser casi lo opuesto al institucionalismo.

M.A.: ¿Quiénes son, en tu opinión, los tres o cuatro pensadores (filósofos) más importantes en la historia de Occidente? ¿Y por qué?

A.P.: Aristóteles, porque reconoció la complejidad del mundo. Kant, porque captó las limitaciones humanas. Wittgenstein, porque comprendió que las formas de vida nos conforman a nosotros mismos.

M.A.: ¿Cómo ves la situación de la filosofía jurídica en el mundo? ¿Crees que es, consideradas todas las cosas, una buena situación? ¿Qué opinión tienes, en particular, sobre la filosofía del Derecho en lengua española? ¿Qué puede esperar la gente en general de la filosofía del Derecho? ¿Por qué y para qué es importante contar con filósofos del Derecho en nuestras universidades y en nuestras sociedades?

A.P.: Es difícil juzgar la situación actual de la filosofía del Derecho en el mundo. El interés por la materia en Europa central y en el norte de Europa es hoy claramente menor que para las generaciones anteriores. La situación de la filosofía jurídica en lengua española parece ser mejor y no en último lugar por lo que respecta a la iusfilosofía analítica. En los países de habla inglesa, la situación es también francamente buena. Hay una viva actividad en los Estados Unidos y en el Reino Unido. El resultado neto de la situación no carece de problemas. Hay algunos aspectos de la filosofía jurídica –por ejemplo, lo que respecta al método jurídico– que era fundamentalmente un producto del pensamiento continental. Ahora corre el riesgo de extinguirse. La principal contribución que la gente puede esperar de la filosofía jurídica tiene dos caras, una filosófica y otra práctica. La contribución filosófica es un resultado del hecho de que el Derecho es una práctica social importante y sofisticada. Como tal, puede contribuir a nuestra comprensión de la sociedad. La contribución práctica resulta del hecho de que la filosofía jurídica puede abrir los ojos de los políticos y de los juristas prácticos a la complejidad de la sociedad. Puede hacerles más cautelosos, conscientes y justos cuando establecen el Derecho y lo implementan. Por las mismas razones, es importante tener filósofos del Derecho en nuestras universidades y en nuestras sociedades.