

D

O

X

A

CUADERNOS DE
FILOSOFÍA DEL DERECHO

<http://www.cervantesvirtual.com/portal/doxa>

DOXA Cuadernos de Filosofía del Derecho ha sido reconocida con el Sello de Calidad de la Fundación Española para la Ciencia y la Tecnología (FECYT) y está recogida e indexada en ANEP, CARHUS PLUS+, Dialnet, DICE, IN-RECI, ISOC, Latindex, MIAR y PIO.



«Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho» es una publicación de carácter anual que, desde 1984, trata de servir como vehículo de comunicación e intercambio entre los filósofos del Derecho latinoamericanos y los de Europa latina.

Quedan rigurosamente prohibidas, sin la autorización escrita de los titulares del «Copyright», bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático, y la distribución de ejemplares de ella mediante alquiler o préstamo públicos.

© DEPARTAMENTO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO
UNIVERSIDAD DE ALICANTE

© MARCIAL PONS
EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.
San Sotero, 6 - 28037 MADRID
☎ (91) 304 33 03
www.marcialpons.es

I. S. S. N.: 0214-8676

Depósito legal: M-27.661-1989

Fotocomposición: JOSUR TRATAMIENTO DE TEXTOS, S. L.

Impresión: ELECÉ, Industria Gráfica, S. L.

Polígono El Nogal - Río Tiétar, 24 - 28110 Algete (Madrid)
MADRID, 2014

Printed in Spain

Departamento de Filosofía
del Derecho
Universidad de
Alicante

Alicante, 2014

ÍNDICE

Contribuciones a la teoría de la norma jurídica

Robert Alexy: Principios formales <i>Formal principles</i>	15
Carsten Bäcker: Reglas, principios y derrotabilidad «Rules, Principles and Defeasibility»	31
Alejandro Daniel Calzetta y Alessio Sardo: Una nueva visita a la concepción expresiva <i>The expressive conception revisited</i>	45
Andrej Kristan: En defensa de la concepción expresiva de las normas <i>In defence of the expressive conception of norms</i>	63
H. L. A. Hart	
H. L. A. Hart: Discrecionalidad <i>Discretion</i>	85
Riccardo Guastini: Releyendo a Hart <i>Reading Hart Again</i>	99
María Cristina Redondo: The concept of Law. Cincuenta años The concept of Law. <i>Fifty Years</i>	101

Anna Pintore: «A Rule-Governed Gunman Writ Large?» El puesto de la Coerción en The Concept of Law <i>«A Rule-Governed Gunman Writ Large?» The rol of coercion in The Concept of Law</i>	125
--	-----

Bruno Celano: El ángulo muerto de Hart. La pieza que falta en The Concept of Law <i>Hart's blind spot. The missing piece in The Concept of Law</i>	143
---	-----

Artículos

Marcelo Neves: La Constitución y la esfera pública: entre diferenciación sistémica, inclusión y reconocimiento <i>Constitution and Public Sphere: Systemic differentiation, inclusion and recognition.</i>	163
---	-----

Aldo Schiavello: Algunos argumentos a favor de una ciencia jurídica interpretativa <i>Some arguments supporting an interpretative approach to legal knowledge</i>	193
--	-----

Pablo Ariel Rapetti: El incorporacionismo entre la espada del realismo moral y la pared del positivismo excluyente <i>Inclusivism: between the rock of moral realism and the hard place of exclusive positivism</i>	219
--	-----

Diego Dei Vecchi: Acerca de la fuerza de los enunciados probatorios: El salto constitutivo <i>About the Strength of Proof Statements in Judicial Decision: The Constitutive Leap</i>	237
---	-----

Hugo Seleme: ¿Deben los filósofos morales aprender de los juristas? <i>Should moral philosophers learn from lawyers?</i>	263
---	-----

José Calvo González: Le Fils naturel (1757), de Diderot, o la espectacularidad de una «condition» jurídico-familiar <i>Diderot's Le Fils naturel (1757), or the spectacularity of a juridical «condition» of family</i>	281
--	-----

Manuel Atienza: <i>Una filosofía del derecho para el mundo latino. Otra vuelta de tuerca</i> <i>A Philosophy of Law for the Latin World. A step forward</i>	299
--	-----

Notas

François Ost: <i>Michel van de Kerchove (1944-2014)</i> <i>Michel van de Kerchove (1944-2014)</i>	321
--	-----

Mauro Barberis: <i>¿Imperialismo de la argumentación? Comentarios al Curso de argumentación jurídica de Manuel Atienza</i> <i>Imperialism of Argumentation? Remarks on Manuel Atienza's Curso de argumentación jurídica</i>	325
--	-----

Enrique P. Haba: <i>A revueltas con la storytelling llamada «ponderación», y también preguntando sobre «límites» del derecho</i> <i>Stirring the storytelling on the so-called judicial balancing, as well as asking about the «boundaries» of Law</i>	337
---	-----

Entrevista

Nicoletta Ladavac: <i>Entrevista a Frederick Schauer</i> <i>Interview to Frederick Schauer</i>	375
---	-----

PRINCIPIOS FORMALES*

Robert Alexy

Universidad de Kiel

RESUMEN. En este trabajo se defiende la teoría principialista de los derechos fundamentales de las críticas que la acusan de ser incapaz de determinar de forma adecuada la relación entre los derechos fundamentales y el control constitucional, con la democracia. Para llegar a una adecuada teoría de la discrecionalidad legislativa, se necesita analizar el papel de los principios formales en la ponderación. Para ello se defiende un «modelo epistémico» de ponderación entre principios formales y sustanciales que se situaría entre el llamado «modelo sustancial-formal puro» y el «modelo combinado», y que se fundamentaría en la idea de ponderación de segundo orden, incorporando la fiabilidad epistémica en la fórmula del peso.

Palabras clave: Principios formales, proporcionalidad, discrecionalidad legislativa, fórmula del peso, ponderación.

Formal Principles

ABSTRACT. This paper argues in favor of the principle theory of fundamental rights. It is an elaborated reaction against those objections considering the theory not being able to determine the appropriate relation between fundamental rights, constitutional control, and democracy. According to the author, in order to construct an adequate theory of legislative discretion, we must analyze the role that formal principles play in balancing. As a methodological instrument, the author defends an «epistemic model» for the balancing of formal and substantial principles. This model should be considered between the so called «pure substantial-formal model» and «a combined model». The base of this model is to be found in the idea of second order balancing, incorporating the variable of epistemic fidelity in the weight formula.

Keywords: Formal principles, proportionality, legislative discretion, weight formula, balancing.

* Fecha de recepción: 23 de septiembre de 2014. Fecha de aceptación: 21 de octubre de 2014.

Me gustaría agradecer a Stanley L. PAULSON por su ayuda y recomendaciones para la redacción de la versión en inglés.

1. EL PROBLEMA

La teoría de los derechos fundamentales como principios ha recibido numerosas objeciones¹. En el ámbito del constitucionalismo democrático la objeción institucional cobra especial importancia. Esta objeción señala que la tesis de la optimización —sin la cual la teoría de los principios no sería la teoría de los principios— conduce a una eficacia expansiva de los derechos fundamentales, llevando a su vez a una sobre-constitucionalización del sistema jurídico. Según Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE, la consecuencia institucional es un «desplazamiento del estado legislativo parlamentario al estado de adjudicación constitucional»². Brevemente, el reproche a la teoría de los principios se centra en señalar que es incapaz de determinar de forma adecuada, por un lado, la relación entre los derechos fundamentales y el control constitucional, y, por otro lado, de éstos con la democracia.

La teoría de los principios ha intentado desde sus inicios contestar a esta objeción con una teoría de la discrecionalidad. En esta teoría, el concepto de principio formal juega un rol fundamental. Este concepto, sin embargo, es muy controvertido todavía. La controversia sobre los principios formales no es solamente parte importante del debate entre los opositores y los defensores de la teoría de los principios, sino que también ha llegado a existir una agitada disputa acerca de los principios formales incluso dentro del campo de la teoría de los principios.

Martin BOROWSKI recientemente ha caracterizado los principios formales como un elemento de la teoría de los principios que «curiosamente ha permanecido como un enigma»³, y se refiere a ellos con la metáfora de «el último gran parche blanco en el mapa de la teoría de los principios»⁴. Intentaré defender la tesis según la cual es posible que un análisis de los principios formales implique una adecuada teoría de la discrecionalidad legislativa. El fundamento de este modelo es la fórmula del peso. Debo empezar con una presentación de algunos elementos básicos de la teoría de los principios.

¹ Sobre una clasificación de estas objeciones en siete grupos *vid.* R. ALEXY, «The Construction of Constitutional Rights», en *Law & Ethics of Human Rights* 4, 2010, 24-5; Sobre la teoría de principios en general *vid.*, *id.*, «On the Structure of Legal Principles», en *Ratio Juris* 13, 2000, 294-304; *id.*, «Constitutional Rights, Balancing, and Rationality», en *Ratio Juris* 16, 2003, 131-140; J. RIVERS, «Proportionality, Discretion and the Second Law of Balancing», en G. PAVLAKOS (ed.), *Law, Rights and Discourse. The Legal Philosophy of Robert Alexy*, Oxford, Hart Publishing, 2007, 167-188; M. JESTAEDT, «The Doctrine of Balancing - its Strengths and Weaknesses», en M. KLATT (ed.), *Institutionalized Reason. The Jurisprudence of Robert Alexy*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 152-172.

² E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Staat, Verfassung, Demokratie*, Frankfurt-on-Main, Suhrkamp, 1991, 190.

³ M. BOROWSKI, «Formelle Prinzipien und Gewichtsformel», en M. KLATT (ed.), *Prinzipientheorie und Theorie der Abwägung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2013, 151.

⁴ *Ibid.*

2. ALGUNOS ELEMENTOS BÁSICOS DE LA TEORÍA DE LOS PRINCIPIOS

2.1. Reglas y Principios

La base de la teoría de principios es la distinción teórica entre reglas y principios⁵. Las reglas son normas que requieren estar determinadas. Son mandatos definitivos. Su forma de aplicación es la subsunción. Por el contrario, los principios son mandatos de optimización. De por sí, estos exigen «que algo sea realizado en la mayor medida posible dentro de las condiciones fácticas y jurídicas existentes»⁶. Además de las reglas, las posibilidades jurídicas están determinadas esencialmente por los principios en oposición. Por tal razón, los principios, considerados cada uno de ellos por separado, siempre se componen simplemente de mandatos *prima facie*. La determinación del grado apropiado de satisfacción de un principio en relación con aquello exigido por otros principios se logra a través de la ponderación. Así, la ponderación es la forma específica de aplicación de los principios.

Proporcionalidad

La naturaleza de los principios como mandatos de optimización, conduce enseguida a una conexión necesaria entre principios y análisis de proporcionalidad. El principio de proporcionalidad, el cual en las últimas décadas ha recibido el mayor reconocimiento internacional de todos los tiempos tanto en el ámbito práctico como teórico del control constitucional⁷, consiste en tres sub-principios: el principio de idoneidad, el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto. Los tres sub-principios expresan la idea de optimización. Por esta razón, la naturaleza de los principios implica el principio de proporcionalidad y viceversa.

Los principios de idoneidad y necesidad se refieren a la optimización en relación con las condiciones fácticas. Esta optimización relativa a las posibilidades fácticas existentes consiste en evitar costos evitables⁸. Costos que, sin embargo, son inevitables cuando hay principios que colisionan. Entonces la ponderación se hace necesaria. La ponderación es objeto del tercer sub-principio del principio de proporcionalidad, específicamente del principio de proporcionalidad en sentido estricto. Este principio expresa lo que significa la optimización en relación con las condiciones jurídicas. Lo cual es idéntico a la regla que podría llamarse «la ley de la ponderación»⁹. Esta ley establece:

Cuanto mayor es el grado de insatisfacción o detrimento de un principio, tanto mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro.

⁵ R. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights* (first publ. 1985), trad. J. RIVERS, Oxford, Oxford University Press, 2002, 47-48.

⁶ *Ibid.* 47.

⁷ *Vid.*, por ejemplo: D. M. BEATTY, *The Ultimate Rule of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2004; A. STONE SWEET y J. MATHEWS, «Proportionality Balancing and Global Constitutionalism», *Columbia Journal of Transnational Law*, 47, 2008, 72-164; A. BARAK, *Proportionality, Constitutional Rights and their Limitation*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012.

⁸ R. ALEXY, «Constitutional Rights and Proportionality», *Chinese Yearbook of Constitutional Law*, 2010, 222-224.

⁹ ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights*, n. 5 *supra*, 102.

2.2. Fórmula del peso

Casi en cualquier lugar en el ámbito de la adjudicación constitucional, se encuentra la ley de la ponderación en varias y diferentes formulaciones. Esta expresa la esencia de la ponderación y es por ello de gran importancia práctica. El análisis de los principios formales y la discrecionalidad legislativa, requiere, sin embargo, una descripción más precisa y completa de la estructura de la ponderación. Con el fin de lograr tal descripción, la ley de la ponderación tiene que ser más elaborada. El resultado de esta mayor elaboración es la fórmula del peso¹⁰. Esta fórmula opera de la siguiente forma:

$$W_{ij} = \frac{I_i \cdot W_i \cdot R_i}{I_j \cdot W_j \cdot R_j}$$

W_{ij} representa el peso concreto del principio P_i en relación con el principio en colisión P_j . La fórmula del peso define este peso concreto como el cociente de los tres factores fijados, por así decir, en cada lado de la ponderación. I_i e I_j son de especial importancia. I_i fija la intensidad de la interferencia con P_i . I_j representa la importancia de satisfacer el principio en colisión P_j . I_j , también, puede entenderse como intensidad de interferencia, esto es, como la intensidad de la interferencia con P_j a través de la no-interferencia con P_i . W_i y W_j establecen los pesos abstractos de los principios en colisión P_i y P_j . Cuando los pesos abstractos son iguales, lo que ocurre con frecuencia en el caso de colisión o conflicto de derechos fundamentales, éstos se neutralizan entre sí.

I_i e I_j , y también W_i y W_j , corresponden a la dimensión material de la ponderación. R_i y R_j tienen un carácter completamente diferente. Se refieren a la fiabilidad de los supuestos empíricos y normativos, con respecto a, primero y ante todo, la cuestión de cuán intensa es la interferencia con P_i , y cuán intensa sería la interferencia con P_j , si la interferencia con P_i fuera omitida. Además de esto, la fiabilidad de los supuestos empíricos y normativos también puede identificarse con la clasificación de los pesos abstractos, esto es, W_i y W_j . El punto decisivo es que la fiabilidad es un factor que no se refiere a las cosas, en nuestro caso la intensidad de interferencia y los pesos abstractos, es decir, no es un factor óntico. Es, más bien, un factor referido al conocimiento de las cosas. Esto quiere decir que es un factor epistémico. Esta distinción entre factores ónticos y epistémicos se tornará de gran importancia para la teoría de los principios formales y la discrecionalidad legislativa.

Desde 2003¹¹, la fiabilidad ha sido representada en ambos lados de la fórmula del peso sólo por una variable: R_i y R_j , y en algunas publicaciones he definido R_i y R_j como referidas sólo a «supuestos empíricos»¹². Esto sin embargo no encaja bien con el hecho de que en el epílogo de «La teoría de los derechos fundamentales», esto es, en 2002, ya había enfatizado la importancia sistemática de la distinción entre discrecionalidad empírico-epistémica y discrecionalidad normativo-epistémica¹³. Esta diferencia tam-

¹⁰ R. ALEXY, «The Weight Formula», en J. STELMACH, B. BROŹEK y W. ZAŁUSKI (eds.), *Frontiers of the Economic Analysis of Law*, Krakow, Jagiellonian University Press, 2007, 25.

¹¹ R. ALEXY, «On Balancing and Subsumtion. A Structural Comparison», en *Ratio Juris*, 16, 2003, 446. Para una anterior notación, *vid.* ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights*, n. 5 *supra*, 419.

¹² ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights*, n. 5 *supra*, 419; *id.*, «On Balancing and Subsumption», n. 11 *supra*, 446; *id.*, «The Weight Formula», n. 10 *supra*, 25.

¹³ ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights*, n. 5 *supra*, 414-425.

poco se articula muy bien con la formulación de la segunda ley de la ponderación, esto es, la formulación de la ley epistémica de la ponderación, la cual establece:

Cuanto más intensa sea la interferencia en un derecho constitucional, tanto mayor debe ser la certeza de sus premisas subyacentes¹⁴.

Esta ley se refiere no sólo a las premisas empíricas sino, en una forma muy general, a las «premisas subyacentes». Ahora el punto decisivo es que este concepto comprende tanto premisas normativas como premisas empíricas. R_i y R_j deben por tanto entenderse como referidas a premisas normativas así como a premisas empíricas. Esto puede expresarse en la siguiente ecuación:

$$R_i = R_i^e \cdot R_i^n$$

Esta ecuación podría llamarse «ecuación de fiabilidad».

He caracterizado la fórmula del peso antes presentada, como la «Fórmula del Peso Completa»¹⁵, y puede mantenerse bajo ese nombre. En un gran número de casos, la fiabilidad empírica considerada de forma aislada es un problema. Entonces, no hay necesidad práctica de aplicar explícitamente su ecuación. Sin embargo, tan pronto como estén en cuestión tanto la fiabilidad empírica como la normativa, R_i and R_j deben ser sustituidas por los productos respectivos en concordancia con la ecuación de fiabilidad. De esta forma, una versión refinada de la fórmula del peso entra en escena:

$$W_{ij} = \frac{I_i \cdot W_i \cdot R_i^e \cdot R_i^n}{I_j \cdot W_j \cdot R_j^e \cdot R_j^n}$$

Esta versión podría designarse como la «Fórmula del peso completa y refinada». Un considerable número de autores han sugerido que una cuarta variable debe introducirse en la fórmula del peso¹⁶. En la medida en la cual estas propuestas sean compatibles con la ecuación de fiabilidad y con el refinamiento de la fórmula del peso lograda, estoy de acuerdo con ellos.

Una fórmula como la del peso, que expresa el cociente de dos productos, es sensata sólo si todos los factores pueden ser representados por números. Este es el problema de la gradación. En otra parte¹⁷ he propuesto una escala discreta, esto es, una escala triádica discontinua, en la cual las secuencias geométricas son implementadas. Esta escala asigna los rangos «leve», «moderado» y «serio» a la intensidad de la interferencia y a los pesos abstractos. Estos valores son expresados por las cifras 2^0 , 2^1 , y 2^2 , es decir, por 1, 2, y 4. Donde el factor epistémico está relacionado con R_i y R_j , o, en la versión refinada de la fórmula del peso, R_i^e y R_i^n así como R_j^e y R_j^n , se puede trabajar con los escenarios de «fiabilidad» o «certeza» (f), plausibilidad (p), y no evidentemente falso (e),

¹⁴ *Ibid.*, 418.

¹⁵ ALEXY, «The Weight Formula», n. 10 *supra*, 25.

¹⁶ *Vid.*, por ejemplo, J. BADENHOP, *Normtheoretische Grundlagen der Europäischen Menschenrechtskonvention*, Baden-Baden, Nomos, 2010, 366-367; M. KLATT y M. MEISTER, *The Constitutional Structure of Proportionality*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 132; M. KLATT y J. SCHMIDT, «Epistemic discretion unconstitutional law», en *International Journal of Constitutional Law*, 10, 2012, 91; J. A. PORTOCARRERO QUISPE, *Der autoritative Charakter der Grundrechtsabwägung*, en prensa, part 1, section 2, IV 6.3.

¹⁷ ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights*, n. 4 *supra*, 409-410, 419; *id.*, «The Weight Formula», n. *supra*, 20-26.

para los cuales las cifras 2^0 , 2^{-1} , y 2^{-2} , es decir, 1, $\frac{1}{2}$, y $\frac{1}{4}$, están por asignarse¹⁸. Si los valores epistémicos ascienden a 1, los valores materiales permanecen intactos. Si los valores epistémicos son menores que 1, el impacto de los valores materiales o sustanciales se reduce en consecuencia. El menor valor epistémico se da cuando la fiabilidad tanto de las premisas empíricas como normativas es evaluado no tan alto como «no evidentemente falso». En este caso, el lado del valor epistémico recibe el valor de $\frac{1}{16}$. Tal cualidad extremadamente nociva destruye el poder incluso de las más fuertes razones sustanciales para interferir con derechos fundamentales casi por completo. Esto demuestra que la ecuación de fiabilidad tiene una gran plausibilidad intuitiva.

Por medio de estas tríadas, la mayoría de las decisiones de las cortes constitucionales pueden comprenderse. Donde no sean suficientes, esto es, donde se tiene que introducir una gradación aún más atenuada, estas pueden extenderse a escalas triádicas dobles¹⁹. Mucho más puede decirse de la fórmula del peso. Para una discusión de los principios formales, sin embargo, lo dicho hasta aquí debe ser suficiente.

3. EL CONCEPTO DE PRINCIPIO FORMAL

Los principios formales son principios. Los principios son mandatos de optimización. Así, la definición de mandatos de optimización como «normas que requieren que algo se realice en la mayor medida posible de acuerdo a las condiciones fácticas y jurídicas reales existentes»²⁰ aplica a los principios formales de la misma forma que a los principios sustanciales. La diferencia entre estas dos clases de principios está restringida por aquello a lo que la palabra «algo» se refiere en la definición, es decir, al objeto de optimización. La *differentia specifica* de los principios sustanciales o materiales es que sus objetos de optimización son ciertos contenidos, como, por ejemplo, la vida, libertad de expresión, el mínimo vital, y la protección del medio ambiente. Por el contrario, los objetos de optimización de los principios formales son decisiones legales sin tener en cuenta su contenido. Los principios formales requieren que la autoridad de las normas debidamente expedidas y socialmente eficaces sea optimizada. La expedición autoritativa y la eficacia social son elementos definitorios del positivismo jurídico²¹. Esto implica que los principios formales se refieren a la dimensión real o fáctica del derecho.

Este aspecto real o fáctico puede, sin embargo, conectarse con elementos ideales. El principio democrático es un ejemplo. La democracia es un intento de institucionalizar los ideales del discurso *qua* deliberación pública en lo que sea posible²². Sin embargo, éste es un principio formal. Se refiere, en lo que respecta a la democracia representativa, no a la democracia directa, sino a las decisiones tomadas por el parlamento según la regla de la mayoría. La democracia, sin embargo, no es simplemente

¹⁸ *Id.*, «The Weight Formula», n. *supra*, 25.

¹⁹ *Ibid.*, 22-23.

²⁰ ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights*, n. 5 *supra*, 47.

²¹ R. ALEXY, *The Argument from Injustice. A Reply to Legal Positivism* (primera publicación 1992), trad. B. LITSCHIEWSKI PAULSON y S. L. PAULSON, Oxford, Clarendon Press, 2002, 3-4, 13-19.

²² R. ALEXY, «The Dual Nature of Law», en *Ratio Juris*, 23, 2010, 177-178.

un procedimiento de decisión entre otros. Éste es el procedimiento más racional y legítimo para la expedición de normas. Por esta razón, el principio democrático otorga no sólo un especial peso a las decisiones del parlamento. Dicho principio exige, por encima de todo, «que el legislador democráticamente legitimado debe tomar tantas decisiones importantes para la sociedad como sea posible»²³. Con esta exigencia, el principio de la democracia se refiere no sólo a la autoridad de las decisiones tomadas desde el ámbito de competencia del parlamento. También demanda que dicho ámbito sea tan amplio como sea posible. Exigencia de especial importancia para la relación entre derechos fundamentales y democracia.

4. PRINCIPIOS Y PONDERACIÓN EN GENERAL

T. R. S. ALLEN ha sostenido que «un principio democrático puramente formal [...] carece de peso independiente»²⁴. De aquí surge la pregunta de si los principios formales pueden participar en la ponderación como lo describe la fórmula del peso. Aceptaré, en primer lugar, esta pregunta con respecto a los principios formales y sustanciales en general. La pregunta sobre ponderar democracia y derechos fundamentales la tendré en cuenta más adelante. Ahora la pregunta es: ¿Puede un principio formal ponderarse contra un principio sustancial, y viceversa?

Es fácil encontrar casos en los cuales un principio formal puede, e incluso debe, ponderarse contra un principio material. Después del Nacional Socialismo que fue derrotado en 1945, así como después del colapso de la República Democrática Alemana en 1989, los tribunales en Alemania se enfrentaron en cierto número de casos con el problema de los estatutos injustos. Éstos aplicaron la fórmula de RADBRUCH, la cual en su forma más corta, opera como sigue:

La extrema injusticia no es derecho²⁵.

Esta fórmula es el resultado de ponderar el principio material de justicia contra el principio formal de seguridad jurídica.²⁶ La ponderación descansa en dos leyes. La primera ha sido de hecho introducida. Ésta es la ley de la ponderación, la cual encuentra su forma más elaborada en la fórmula del peso. La segunda es la ley de los principios en colisión²⁷, la cual señala que según el peso concreto del principio en colisión P_i establecido por la fórmula del peso (W_{ij}), una relación concreta de preferencia tiene que establecerse con respecto a las condiciones del caso. La fórmula de RADBRUCH descansa en la distinción entre dos condiciones de precedencia. La primera, C_1 , es injusticia bajo el umbral de la extrema injusticia. La segunda, C_2 , es extrema injusticia. Bajo la primera condición, C_1 , el principio formal de seguridad jurídica tiene precedencia sobre el principio material de justicia. Bajo la segunda condición C_2 , el principio material de justicia tiene precedencia sobre el principio formal de seguridad jurídica. Según la ley

²³ ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights*, n. 5 *supra*, 417.

²⁴ T. R. S. ALLEN, «Constitutional Rights and the Rule of Law», en KLATT (ed.), *Institutionalized Reason*, n. 1 *supra*, 135-136.

²⁵ R. ALEXY, «A Defence of Radbruch's Formula», en M. D. A. FREEMAN (ed.), *Lloyd's Introduction to Jurisprudence*, 8th ed., London, Sweet & Maxwell and Thomson Reuters, 2008, 428.

²⁶ R. ALEXY, «The Dual Nature of Law», n. 22 *supra*, 177.

²⁷ ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights*, n. 5 *supra*, 54.

de los principios en colisión, la consecuencia de la precedencia del principio de justicia sobre el principio de seguridad jurídica bajo la condición de extrema injusticia es que bajo esta condición la consecuencia requerida por el principio dominante de justicia es aplicable, y es exactamente lo que la fórmula de RADBRUCH enuncia.

Es de la máxima importancia que todo esto se conecte intrínsecamente con la fórmula del peso. El principio formal de seguridad jurídica tiene precedencia sobre el principio material de justicia si, y sólo si, tiene el peso concreto mayor. Ahora, en la condición de injusticia por debajo del umbral de la extrema injusticia, la interferencia con el principio de justicia no tiene la mayor intensidad. Yo clasificaría esto, en la base de la escala triádica, en el mejor de los casos en el medio, y en casos de menor injusticia incluso como leve. El valor de la seguridad jurídica por debajo del umbral de la extrema injusticia es, sin embargo, alto. Si todas y cada una de las injusticias condujeran a la invalidez jurídica, la función del sistema jurídico de coordinar el comportamiento y asegurar las ventajas de la coordinación y cooperación social se extinguiría. Según la fórmula del peso, un principio con un mayor peso justifica una interferencia a un principio con peso medio o leve. Si, sin embargo, la injusticia es extrema, la interferencia con el principio de justicia sería grave. Al contrario se tiene que asumir sólo una interferencia media o leve al principio de la seguridad jurídica. La extrema injusticia ocurre sólo en extremas situaciones de los sistemas jurídicos, y esto de ninguna manera concierne a todas las normas jurídicas, sino sólo algunas específicas de todo el sistema jurídico²⁸. Todo esto quiere decir que la ponderación de principios formales y sustanciales no es solamente posible, sino que, de hecho, es también necesaria en el derecho.

Algo similar sucede cuando un sistema jurídico permite decisiones *contra legem*, al menos en algunas áreas del derecho, como lo hace el sistema jurídico alemán. Una norma no es automáticamente desplazada cuando un principio sustancial contrario tiene mayor peso que su propio principio sustancial subyacente en los hechos del caso. Una decisión *contra legem*, por ejemplo la incorporación de una excepción a una norma en un caso particular a decidir, requiere que el principio sustancial contrario tenga un peso mayor que el principio sustancial subyacente a la norma sumado a los principios formales de seguridad jurídica, el principio democrático y el de separación de poderes, todo lo cual requiere que lo que ha sido autoritativamente expedido debe respetarse²⁹. Esto demuestra que los principios formales no sólo pueden ponderarse en contra de sus propios principios sustanciales en colisión, como con la noción de la fórmula de RADBRUCH, sino que también pueden ponderarse en combinación con principios materiales contra principios materiales en colisión. El primer modelo se podría llamar «modelo sustancial-formal puro» de ponderación de principios y el segundo «modelo mixto sustancial-formal», o, más corto, «modelo combinado».

5. LA VÍA EQUIVOCADA

Se podría pensar que estos dos modelos también se aplican a la relación entre derechos fundamentales y el principio formal de la democracia. De hecho, en la *Teoría*

²⁸ ALEXY, *The Argument from Injustice*, n. 21 *supra*, 66-68.

²⁹ ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights*, n. 5 *supra*, 58.

de los derechos fundamentales por primera vez publicada en 1985, respaldé el modelo combinado:

Un principio formal o procedimental es, por ejemplo, el principio que dice que el legislador democrático tomará decisiones que son significativas para la sociedad como un todo. Este principio procedimental, junto con un principio material que sirve como algún interés público secundario, puede ser ponderado contra un principio constitucional para garantizar un derecho individual³⁰.

Más recientemente, BOROWSKI ha argumentado a favor del modelo combinado:

La consideración del principio formal tiene el efecto de dar peso a uno de los dos principios materiales³¹.

Por esta razón:

Además de los principios materiales “i” e “j” un principio “f” debe insertarse en la fórmula del peso³².

Tanto el «modelo sustancial-formal puro» como «el modelo combinado» conducen, sin embargo, a serios problemas en lo que respecta a los derechos fundamentales. Esto se ve con especial claridad en el caso del «modelo sustancial-formal puro». Si el principio democrático en sí mismo fuera capaz de justificar una interferencia con un derecho fundamental, sería posible decir: «La interferencia no está justificada por algún principio material, es decir, no está justificada por alguna razón material, no obstante es permisible, para que el legislador democráticamente legitimado pueda tomar más decisiones cuando dicha interferencia está permitida que cuando no». Una interferencia con un derecho fundamental que no está justificada por una razón material, no es solamente desproporcionada, es también arbitraria. Reconocer una competencia al legislador para interferir con los derechos fundamentales simplemente por ser democráticamente legitimado debilitaría la prioridad de la constitución sobre la legislación parlamentaria ordinaria.

Las cosas son más complejas en el caso del «modelo mixto sustancial-formal», o «modelo combinado». Sin embargo, este modelo tiene, básicamente, los mismos defectos que el «modelo sustancial-formal puro». Si se insertaran principios formales en la fórmula del peso junto a los principios materiales combinaciones como la siguiente serían posibles. De un lado, la interferencia con un derecho fundamental es grave (g), esto es, I_i tiene valor de 4. Del otro lado, la importancia de satisfacer el principio en colisión es moderada (m), es decir, I_j tiene valor de 2. Éste es un caso claro de desproporcionalidad, y con ello, de inconstitucionalidad. Ahora es posible atribuir al principio formal de competencia decisoria del legislador, estando del lado del principio material en colisión, un mayor valor, esto es, P_f recibe el valor de 4. De este modo se transformaría una decisión inconstitucional en constitucional. Si esto fuera posible, interferencias desproporcionadas con los derechos fundamentales serían permisibles, con fundamento en que el legislador democráticamente legitimado puede tomar más decisiones cuando esto está permitido que cuando no lo está. Como en el caso del

³⁰ *Ibid.*, 82 (énfasis añadido).

³¹ M. BOROWSKI, «The Structure of Formal Principles - Robert Alexy's Law of Combination», en *Archiv for Philosophy of Law and Social Philosophy*, supplement 119, 2010, 34.

³² BOROWSKI, «Formelle Prinzipien und Gewichtsformeln», n. 3 *supra*, 184.

«*modelo sustancial-formal puro*», se debilitaría la prioridad de la constitución sobre la legislación parlamentaria ordinaria.

¿Esto significa que el legislador democrático nunca tiene discrecionalidad respecto de los derechos fundamentales? La respuesta es: no. La comprobación de esta respuesta es posible con base en el análisis del concepto de discrecionalidad.

6. DOS CLASES DE DISCRECIONALIDAD

Existen dos clases de discrecionalidad: sustancial o estructural y epistémica. La discrecionalidad sustancial del legislador se compone de todo lo que las normas constitucionales no pueden de forma definitiva ni prohibir ni ordenar. Lo que no está prohibido ni es ordenado está permitido³³. Así el ámbito de discrecionalidad sustancial es idéntico a lo que la constitución ha dejado definitivamente a liberalidad del legislador. La cuestión de la discrecionalidad epistémica surge siempre que el conocimiento sobre lo que está definitivamente prohibido, ordenado, o permitido por las normas constitucionales es incierto. En tales casos el legislador tiene discrecionalidad epistémica hasta el grado de determinar qué es lo que está definitivamente prohibido, ordenado, o permitido de acuerdo a su competencia. La discrecionalidad sustancial, la cual existe en tres formas³⁴, es mucho menos problemática que la discrecionalidad epistémica. Que el legislador sea libre donde no existen obligaciones no requiere justificación. Por tal razón, los principios formales no juegan un papel con respecto a la discrecionalidad sustancial. Que el poder legislativo tenga competencia para decidir si es libre o no en casos en los cuales tal libertad es incierta es, sin embargo, mucho menos obvio. Aquí es donde los principios formales juegan un papel decisivo. En lo que sigue se considerará sólo la discrecionalidad epistémica.

7. SEGUNDO ORDEN DE OPTIMIZACIÓN EPISTÉMICA

La discrecionalidad epistémica tiene que clasificarse más a fondo en dos clases: empírica y normativo-epistémica. La discrecionalidad empírica genera muchos menos problemas que la discrecionalidad normativo-epistémica. Por tanto, la discrecionalidad empírica será el centro de nuestras consideraciones³⁵.

La incertidumbre empírica puede ser un problema en los tres escenarios del análisis de proporcionalidad. La decisión sobre el *cannabis* del Tribunal Constitucional Alemán nos ofrece un buen ejemplo. La cuestión central de esta decisión está orientada a establecer qué peligros están asociados con el uso de los productos derivados del *cannabis*, y a través de qué medidas pueden combatirse. El legislador ha justificado su prohibición sobre los productos de *cannabis*, con la expedición de sanciones penales, bajo el supuesto de que un mayor riesgo para la salud y la vida social sólo puede

³³ ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights*, n. 5 *supra*, 130-131.

³⁴ *Ibid.*, 395-414.

³⁵ Sobre discrecionalidad normativo-epistémica, véase ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights*, n. 5 *supra*, 415-416, 420-422.

combatirse adecuadamente mediante leyes penales³⁶. La contraparte argumentó que el mayor riesgo asumido por el legislador no existe. El riesgo es en el mejor de los casos mínimo, y las medidas tomadas por el legislador no son ni idóneas ni necesarias. Ahora se podría considerar la visión según la cual el Tribunal debe permitir la interferencia en el derecho fundamental sólo si se ha establecido la veracidad de aquellos supuestos empíricos de los que dependen la idoneidad, la necesidad, y el alcance del riesgo. Pero el Tribunal procede de forma distinta. No establece la veracidad o falsedad de las premisas empíricas del legislador, sino su incertidumbre: «No se dispone de una base de conocimientos científicamente fundados, que necesariamente apunte hacia la corrección de una u otra alternativa»³⁷. No obstante, el Tribunal permite la interferencia con el derecho fundamental. Éste es el resultado de reconocer al legislador discrecionalidad con respecto al conocimiento de los hechos relevantes, en otras palabras, una discrecionalidad empírico-epistémica, ubicando además los supuestos empíricos del legislador subyacentes a la prohibición del *cannabis* dentro de esta discrecionalidad.

El juicio del *cannabis* expone de forma clara el principal problema con la discrecionalidad epistémica. Si el legislador está autorizado para basar su intervención sobre un derecho fundamental en premisas inseguras, entonces es posible que la protección dada por los derechos fundamentales sea denegada con base en estimaciones falsas, a pesar de que en realidad el derecho sea vulnerado.

La solución la ofrece un tercer modelo en relación con el papel que juegan los principios formales en la ponderación, un modelo que se ubica en el punto intermedio entre «*modelo sustancial-formal puro*» y el «*modelo combinado o mixto sustancial-formal*». Este tercer modelo puede llamarse «*modelo epistémico*». El fundamento del modelo epistémico es la idea de ponderación de segundo orden. La ponderación según los lineamientos de la fórmula del peso es de primer orden. La ponderación de segundo orden concierne a la justificación de incorporar la fiabilidad epistémica, que es, de R_i and R_j , en la fórmula del peso³⁸. Los derechos fundamentales como principios requieren la máxima realización posible considerando las condiciones fácticas y jurídicas dadas. La realización de los derechos fundamentales se incrementa cuando éstos sólo pueden limitarse sobre el terreno de premisas cuya verdad está acreditada. Si se admitieran premisas por debajo del nivel de certeza, sin embargo, la realización de los derechos fundamentales aumentaría si se escogieran las premisas más favorables al derecho fundamental. La discrecionalidad del legislador se excluiría también en este caso. En este sentido, los derechos fundamentales requieren no sólo una optimización sustancial, sino también una optimización epistémica³⁹. El punto decisivo en la ponderación de segundo orden es que los derechos fundamentales como mandatos epistémicos de optimización colisionan con el principio formal del legislador democrático. Si esta colisión pudiera resolverse estableciendo una precedencia absoluta del principio sustancial de los derechos fundamentales sobre el principio formal del legislador democrático, las consecuencias serían inaceptables en amplias áreas del derecho. En contextos razonablemente complejos, como el derecho comercial, la seguridad y el

³⁶ BVerfGE 90, 145, 174.

³⁷ BVerfGE 90, 145, 182-183.

³⁸ En la fórmula refinada del peso R_i es sustituido por $R_{ie} \cdot R_{in}$, y R_j por $R_{je} \cdot R_{jn}$.

³⁹ ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights*, n. 5 *supra*, 416.

derecho ambiental, las premisas empíricas cuya verdad está acreditada con toda certeza prácticamente nunca están disponibles. Así, una precedencia absoluta para el principio sustancial de los derechos fundamentales en casos de incertidumbre empírica conduciría a una parálisis legislativa de largo alcance⁴⁰. Lo cual sería una interferencia desproporcionada con el principio formal del legislador democrático. Esta desproporcionalidad se establece por medio de una ponderación de segundo orden, referida a la ponderación de un principio sustancial con un principio formal. En este sentido, se corresponde con el modelo sustancial-formal puro, anteriormente presentado. Pero éste es un caso especial de ponderación sustantiva-formal, que tiene lugar no en la fórmula del peso, sino en un meta-nivel, donde interesa la pregunta sobre qué variables y con qué clases de escalas debe insertarse en la fórmula del peso⁴¹.

Según la ley de los principios en colisión, de la ponderación resulta una relación condicional de precedencia⁴². Los tres escenarios de la escala epistémica pueden considerarse como tales condiciones de precedencia. Si el valor epistémico de un supuesto empírico es fiable o cierto (*f*), el principio de los derechos fundamentales para el cual esta clasificación es favorable tiene precedencia sobre el principio formal. Esto implica que el núm. 2^o, esto es, 1, debe insertarse en la fórmula, lo cual significa que el resultado material del lado del derecho fundamental no está en absoluto influenciado por alguna consideración formal o procedimental, como se requiere para los principios formales. Si, sin embargo, el valor epistémico es solamente «*plausible*» (*p*) o incluso «*no evidentemente falso*» (*e*), el principio formal tiene precedencia en la ponderación de segundo orden sobre el principio material, el cual, si se toma aisladamente, requiere el valor de «*fiabilidad*» o «*certeza*» (*f*) en casos de interferencia. Sin embargo, esta precedencia no determina, como tal, el peso concreto del principio material en colisión (W_{ij}). Este peso concreto es determinado por las ocho variables de la fórmula del peso refinada. La precedencia del principio formal en casos de supuestos empíricos simplemente plausibles o incluso no evidentemente falsos sólo significa que estos supuestos no están excluidos de la ponderación. Éstos se admiten con base en el principio formal. Esta admisión, sin embargo, está relacionada con su poder de reducir el peso de los valores sustanciales de las variables del mismo tipo a las que están atados. Los efectos concretos que tiene la inclusión de variables epistémicas en la fórmula del peso, depende de los valores sustituidos por todas las otras variables. El número de combinaciones es grande. Si se toma la fórmula del peso refinada con cuatro variables de cada lado, es decir, con ocho variables en total, se reúnen, en la base de las dos escalas triádicas, 3⁸,

⁴⁰ *Ibid.*, 417.

⁴¹ En el epílogo de la Teoría de los Derechos Fundamentales he formulado la ley de la combinación *la cual opera como sigue*: «Los principios formales procedimentales pueden anular principios de derechos fundamentales materiales solo en conexión con otro principio material»; *ibid.*, 423. A primera vista, esto puede leerse como reconocimiento del modelo combinado o modelo mixto sustancial-formal. En una publicación más reciente he propuesto que esta verdaderamente infortunada formulación debe entenderse en una forma en la cual la cláusula “en conexión con” se refiere a una relación de segundo orden de un principio formal hacia una relación de primer orden entre principios materiales»; R. ALEXY, «Comments and Responses», en KLATT (ed.), *Institutionalized Reason*, n. 1 *supra*, 331. Esto también requiere aclaración, como una relación de ponderación, el segundo orden de relación está referido a una relación entre principios materiales y formales. Esta relación de ponderación de segundo orden está relacionada con la ponderación de primer orden, la cual está determinada profundamente por los resultados de encontrar un balance entre principios formales y materiales en un Segundo nivel, pero en el cual el principio formal no participa directamente.

⁴² *Ibid.*, 53-54.

6.561 combinaciones. La ponderación de segundo orden resulta en nada distinto a la puerta de entrada para premisas por debajo del nivel de certeza o de fiabilidad plena para ponderar según las líneas de la fórmula del peso. El rol que éstas juegan allí con respecto al resultado final depende de todos los otros valores.

Incorporar variables materiales así como variables epistémicas en la fórmula del peso no es otra cosa que conectar la primera, esto es, la ley material de la ponderación con la segunda, es decir, la ley epistémica de la ponderación. Es de la mayor significación sistemática que la prótasis de las dos leyes de la ponderación es idéntica. Ambas se refieren al peso de la interferencia con el derecho fundamental definida por la combinación de la intensidad de la interferencia con el peso abstracto, o, más exactamente, por el producto de I_i y W_i . Esto demuestra que el principio de los derechos fundamentales afectado representa el punto arquimédico de la ponderación⁴³.

Todo lo anterior habla en contra de enfoques como el de SIECKMANN llamado «modelo de concepciones contrapuestas de derecho»⁴⁴ y el «modelo de dos niveles»⁴⁵ de KLATT y SCHMIDT, el cual separa la ponderación de los principios materiales de la ponderación de los principios formales. En el segundo orden o meta-ponderación, la ponderación de los principios formales es, necesariamente, una ponderación con el principio material en colisión⁴⁶, y con el resultado de esta ponderación, la incorporación de variables epistémicas y sus escalas en la fórmula del peso, los principios formales estarían representados en la ponderación de primer orden según esta fórmula.

8. PRINCIPIOS FORMALES Y DISCRECIONALIDAD

Martin BOROWSKI ha sostenido que:

La variable «R», que Alexy introduce en la fórmula del peso, no es un principio formal ni genera discrecionalidad⁴⁷.

Es cierto, de hecho, que la variable R no es un principio formal. Pero es falso que no genera discrecionalidad. La decisión sobre el *cannabis* de la Corte Constitucional Federal Alemana podría servir para explicar esto. La Corte considera que el supuesto establecido por el legislador sobre el gran peligro asociado a los productos derivados del *cannabis* es bastante justificable o plausible. De otro lado, concede la tesis contraria, específicamente, que el peligro es mínimo, como sostuvo el juez SOMMER en su voto particular⁴⁸, de manera que ésta sería también plausible. Esto significa que la Corte consideró plausibles las dos premisas, es decir, la del mayor peligro y la del peligro menor (p). Estas clasificaciones epistémicas, ambas, conciernen a la variable R_j

⁴³ *Ibid.*, 419.

⁴⁴ J. SIECKMANN, *Recht als normatives System*, Baden-Baden, Nomos, 2009, 200-204.

⁴⁵ KLATT y SCHMIDT, «Epistemic discretion in constitutional law», n. 16 *supra*, 100.

⁴⁶ Es de resaltar que SIECKMANN describe la ponderación en este Segundo escenario como ponderación de principios formales en la cual, sin embargo, los principios materiales pueden jugar un papel: «de otro lado, los principios materiales pueden hacerse relevantes a pesar de los principios formales. Una alta intensidad de interferencia con un derecho fundamental, puede, por ejemplo, justificar un control constitucional más extensivo»; SIECKMANN, *Recht als normatives System*, n. 44 *supra*.

⁴⁷ BOROWSKI, «Formelle Prinzipien und Gewichtsformeln», n. 3 *supra*, 174.

⁴⁸ *BverfGE* 90, 145 (220).

en la fórmula del peso. La premisa del mayor peligro y la del peligro menor son la base de clasificaciones materiales bastante diferentes en relación con la importancia de la interferencia con el derecho fundamental afectado, en este caso, con el derecho a la libertad, es decir, éstas conducen a diferentes valores de la variable I_j . El supuesto del peligro mayor requiere el valor grave (g), el supuesto del menor peligro el valor leve (l). Si se asume: primero, que los valores abstractos, W_i y W_j , son iguales, es decir, que pueden reducirse; segundo, que la intensidad de interferencia con la libertad es moderada (m); tercero, que es fiable o cierto (f) que esta interferencia es causada por la prohibición sobre los productos de *cannabis*; y cuarto, que los valores normativos epistémicos no juegan ningún papel; se obtienen los siguientes dos resultados al insertar todo esto en la fórmula del peso. En el caso del supuesto del mayor peligro opera así:

$$W_{ij} = \frac{2 \cdot 1}{4 \cdot \frac{1}{2}} = 1$$

Con el peso concreto 1, el resultado es un punto muerto, esto es, que el legislador tiene discrecionalidad estructural. La prohibición sobre los productos de *cannabis* permanece dentro de la discrecionalidad del legislador. Esto es, por tanto, constitucional. El supuesto del peligro menor conduce hacia el resultado opuesto. En números:

$$W_{ij} = \frac{2 \cdot 1}{1 \cdot \frac{1}{2}} = 4$$

El núm. 4 expresa que el derecho fundamental tiene precedencia sobre el peligro a combatir. Lo cual significa que la prohibición sobre los productos de *cannabis* es desproporcional, y por ello, inconstitucional.

Según BOROWSKI, la inserción de la variable R en la fórmula del peso no establece discrecionalidad. Nuestro ejemplo, sin embargo, muestra de qué forma al insertar esta variable en la fórmula del peso se establece discrecionalidad. Cuando dos supuesto opuestos tienen el mismo valor epistémico, en esta caso el valor plausible (p), esto es, $\frac{1}{2}$, entonces existe un punto muerto epistémico. Ahora lo decisivo es que en los casos de punto muerto epistémico el legislador tiene discrecionalidad epistémica. Con respecto a la decisión del *cannabis* esto significa que el legislador es libre de decidir si se desea seguir por la línea del peligro mayor, es decir, concebir que la prohibición es constitucional, o seguir la línea del peligro menor y concluir que la prohibición es inconstitucional⁴⁹. Con esto, la variable R , de hecho, establece discrecionalidad. Lo

⁴⁹ KLATT y SCHMIDT han argumentado que esta reconstrucción de la decisión sobre el *cannabis* concede «al legislador una facultad discrecional de clasificación que es demasiado amplia»; KLATT y SCHMIDT, «Discreción epistémica en el derecho constitucional», n. 16 *supra*, 102. Esta objeción se basa en su tesis de que la ponderación ya es necesaria en el nivel de clasificación de las intensidades de interferencias. Ellos llaman a esto la «ponderación de clasificación»; *ibid.*, 81. Según KLATT y SCHMIDT, esta ponderación de clasificación trae como resultado que el legislador tiene en el caso del *cannabis* discrecionalidad no epistémica. El legislador debe insertar en la fórmula del peso el valor grave (g) por la importancia concreta de los peligros relacionados con el fármaco, es decir, que tiene que seguir la tesis del peligro mayor cuando se determina el valor de I_j ; *ibid.*, 83. Los dos autores son muy conscientes de que los valores epistémicos para la tesis del mayor peligro, así como para la tesis del peligro menor son los mismos. Sin embargo, excluyen la discrecionalidad sobre la base de diferentes grados de peligro, es decir, sobre el contenido de los dos supuestos contrapuestos. Esto parece, sin embargo,

hace en todos los casos de punto muerto epistémico. Si el principio formal no existiera, el principio material de los derechos fundamentales excluiría cualquier interferencia sobre la base de premisas simplemente plausibles o no evidentemente falsas, o requeriría que la premisa más favorable se adoptara siempre, es decir, en el caso cannabis, la premisa del peligro menor. Es más, esta discrecionalidad es indirectamente⁵⁰ establecida por el principio del legislador legitimado democráticamente. Este principio formal requiere que la fiabilidad de la variable *R* se inserte en la fórmula del peso. Mucho más podría decirse acerca del rol de los principios formales en la ponderación. Pero lo que se ha presentado aquí es suficiente para indicar cómo éstos pueden influenciar la ponderación de los derechos fundamentales sin convertirse o en víctima de Escila con la combinación del modelo sustancial-formal, es decir, el modelo que simplemente adiciona principios formales en la fórmula del peso, o en víctima de Caribdis con el modelo de la separación, el cual intenta dar lugar a la ponderación de los principios formales en un escenario en el que los principios materiales no están en casa.

(Traducción del original inglés de María Claudia Quimbayo Duarte)

no ser plausible para hacer la selección de los supuestos con valores epistémicos iguales que dependen de su contenido. Su contenido es un factor que tiene que insertarse en la fórmula del peso, que lo conecta con todos los otros aspectos relevantes. *Vid.* también M. KLATT y J. SCHMIDT, *Spielräume im öffentlichen Recht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2010, 25-27.

⁵⁰ *Vid.* Alexy, «Comments and Responses», n. 41 *supra*, 331.

REGLAS, PRINCIPIOS Y DERROTABILIDAD*

Carsten Bäcker

Universidad de Kiel

RESUMEN. La distinción entre reglas y principios presupone un criterio que no sólo permite identificarlos como tales, sino también subrayar sus diferencias. En este ensayo la noción de derrotabilidad cumplirá el papel de tal criterio. La derrotabilidad debe ser entendida como la capacidad de admitir excepciones. Las reglas, en general, poseen excepciones. Estas excepciones no pueden ser enumeradas de forma conclusiva, por cuanto las circunstancias que darán origen a casos futuros son desconocidas. En consecuencia, las reglas jurídicas siempre podrán admitir excepciones, esto es, son derrotables. Por el contrario, los principios como mandatos de optimización no admiten excepciones en ese sentido. Más bien, las circunstancias de casos futuros junto a otras condiciones, por ejemplo, la colisión entre principios, se encuentra ya implícita en el concepto de optimización y es, por tanto, esencial a la aplicación del mismo principio. Esto significa que la optimización se encuentra necesariamente relacionada con todas las circunstancias dadas. Por tanto, para aplicar un principio es preciso optimizar —y de esa forma considerar necesariamente todas las circunstancias dadas—. De ese modo, no puede surgir una excepción en la aplicación de un principio. Los principios, en otras palabras, no son derrotables. El ensayo concluye con la explicación acerca del carácter *prima facie* de las reglas y los principios, apelando nuevamente a la noción de derrotabilidad junto a la propuesta de una triple distinción conceptual que ofrece alguna claridad adicional en lo que al concepto de principio se refiere.

Palabras clave: Reglas, principios, derrotabilidad, mandato de optimización.

Rules, Principles and Defeasibility

ABSTRACT. Distinguishing rules and principles presupposes a criterion as a means not only to identify rules and principles but also to underscore their differences. In this essay, the notion of defeasibility will be presented as such a criterion. Defeasibility shall be understood as the capacity to accommodate exceptions. Rules, in general, have exceptions. These exceptions cannot be listed conclusively, owing to the fact that the circumstances giving rise to cases in the future are unknown. Thus, legal rules always exhibit the capacity to accommodate exceptions, that is, they are defeasible. Contrariwise, principles as optimization commands do not accommodate exceptions in this sense. Rather, the circumstances of future cases along with other conditions, for example, competing principles, are already implied in the concept of optimization and are, therefore, integral to applying the principle itself. This is to say that optimization is necessarily relative to all the circumstances at hand. Therefore, in order to apply a principle, one has to optimize —and thereby necessarily take into account all of the circumstances at hand—. There cannot, then, arise any exception in applying a principle. Principles, in other words, are not defeasible. The essay concludes with an explanation of the distinct *prima facie* —character of rules, and of principles, again by appeal to the notion of defeasibility, along with the proposal of a threefold conceptual distinction that offers some additional clarity where the concept of a principle is concerned—.

Keywords: Rules, principles, defeasibility, optimization.

* Fecha de recepción: 2 de enero de 2014. Fecha de aceptación: 22 de mayo de 2014.

Publicado originalmente en inglés bajo el título «Rules, Principles and Defeasibility» en M. BOROWSKI (ed.), *On the Nature of Legal Principles*. Proceedings of the Special Workshop «The Principles Theory». 23rd World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy (IVR), Kraków, 2007, en *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, Suplemento 119, Stuttgart/Baden-Baden, Franz Steiner/Nomos, 2010, 79-91. Traducción al español de F. J. CAMPOS ZAMORA. Revisión de A. GARCÍA FIGUEROA.

«Toda norma es una regla o un principio»¹. Esa afirmación de Robert ALEXY, conocida como *Exklusionstheorem*, o teorema de identificación exclusiva, puede ser considerado el axioma central de la teoría de los principios². Tal axioma llama la atención sobre uno de los presupuestos fundamentales de la teoría de ALEXY pues presupone que las reglas y los principios son distintos. Sin embargo, si las reglas y los principios son distintos, surge la necesidad de un criterio mediante el cual tal distinción pueda ser reconocida. En este ensayo se argumentará que ese criterio se manifiesta en la noción de *derrotabilidad*^{2a}.

1. LA DISTINCIÓN CLÁSICA ENTRE REGLAS Y PRINCIPIOS

ALEXY presenta en su teoría un criterio para distinguir reglas y principios. Originalmente elaborado en los primeros escritos de ALEXY sobre la teoría de los principios, este criterio toma como punto de partida no la noción de derrotabilidad, sino la noción de «ser cumplido». ALEXY entiende las reglas como normas «que sólo pueden ser cumplidas o no»³. Los principios, por otro lado, son normas que pueden poseer distintos grados de cumplimiento: los principios como él afirma «pueden ser cumplidos en diferente grado»⁴. Debido a esa diferencia, ALEXY considera las reglas como *mandatos definitivos*, los cuales se oponen a los principios como «mandatos de optimización»⁵. De acuerdo a esa diferenciación, las reglas cuando son cumplidas lo son de manera absoluta, en tanto el cumplimiento de los principios puede producirse de forma gradual⁶. Esta distinción entre reglas y principios puede ser denominada la distinción clásica.

¹ R. ALEXY, *On the Structure of Legal Principles*, *Ratio Juris* 13 (2000), 294-304, esp. 295.

² ALEXY desarrolla su modelo de teoría de los principios, influido por Ronald DWORKIN principalmente en su libro *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden, Nomos, 1985, el cual fue traducido al español por Ernesto GARZÓN VALDÉS como *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de estudios políticos y constitucionales, 1993. El texto ha sido traducido nuevamente por Carlos BERNAL PULIDO, Madrid, Centro de estudios políticos y constitucionales, 2007. La teoría fue precisada por el autor en publicaciones posteriores. Su teoría ha tenido gran influencia en la discusión alemana contando actualmente con numerosos seguidores. *Vid.*, por ejemplo, J.-R. SIECKMANN, *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*, Baden-Baden, Nomos, 1990, esp. 52-87; M. BOROWSKI, *Grundrechte als Prinzipien, Die Unterscheidung von prima facie. Position und definitiver Position als fundamentaler Konstruktionsgrundsatz der Grundrechte*, 2.^a ed., Baden-Baden, Nomos, 2007, esp. 68-113; V. A. DA SILVA, *Grundrechte und gesetzgeberische Spielräume*, Baden-Baden, Nomos, 2003, esp. 37-66. Adicionalmente un buen número de estudios alemanes en el campo del derecho han sido influenciados por la teoría de los principios de ALEXY. Compárese, por ejemplo, K.-E. HAIN, *Die Grundsätze des Grundgesetzes. Eine Untersuchung zu Art. 79 Abs. 3 GG*, Baden-Baden, Nomos, 1999, esp. 95-180; M. JES-TAEDT, *Grundrechtsentfaltung im Gesetz. Studien zur Interdependenz von Grundrechtsdogmatik und Rechtsgewinnungstheorie*, Tübingen, Mohr-Siebeck, 1999, esp. 206-260; W. CREMER, *Freiheitsgrundrechte. Funktionen und Strukturen*, Tübingen, Mohr-Siebeck, 2003, esp. 218-227; R. POSCHER, *Grundrechte als Abwehrrechte*, Tübingen, Mohr-Siebeck, 2003, esp. 73-84.

^{2a} El término *defeasibility* carece de una traducción directa al idioma español. Siguiendo el ejemplo de trabajos precedentes se optará por la traducción «derrotabilidad» [N. del T.].

³ ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales* (nota 2), 87 (1993), 68 (2007).

⁴ *Ibid.*: «Pueden cumplirse en diferente grado».

⁵ *Ibid.* En la traducción para el inglés de *Theorie der Grundrechte* de ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights* (nota 2), los principios son denominados *optimization requirements* (47) (requisitos de optimización) en lugar *optimization comands* (mandatos de optimización). Con todo, el segundo término el cual es utilizado en *On the Structure of Legal Principles* (nota 1), 300, parece ser la traducción más apropiada del vocablo alemán *Optimierungsgebote*.

⁶ *Vid.* BOROWSKI, *Grundrechte als Prinzipien* (nota 2), 92.

De acuerdo con Jan-Reinard SIECKMANN y Aulis AARNIO, esa distinción clásica fundada en el cumplimiento absoluto o gradual no es convincente. Los principios, afirman ellos, son mandatos para optimizar⁷. Mandatos que a su vez pueden ser cumplidos o no completamente. Por consiguiente, los principios son mandatos definitivos, esto es, también son reglas. ALEXY responde a esa objeción y replica introduciendo una nueva distinción conceptual, distinguiendo entre *mandatos para optimizar* y *mandatos a optimizar*⁸. En ese sentido, la noción inicial de principios como mandatos de optimización se convierte en un modelo de dos niveles. Como objeto de optimización, el mandato a optimizar se coloca en el nivel del objeto. Ese es el nivel de los principios en la teoría revisada de ALEXY. El mandato para optimizar, por su parte, se encuentra en un meta nivel, el nivel de las reglas. Así, mientras ALEXY entiende los mandamientos para optimizar como reglas, los mandatos a a optimizar ocuparán el lugar de los principios. Ambas nociones, reglas y principios, conforman el llamado mandato de optimización. De acuerdo con ALEXY, la objeción planteada y la revisión llevada a cabo para responder a esa crítica no conducen a un colapso de la teoría de los principios. Por el contrario, ellas «simplemente le proporcionan un enfoque más preciso»⁹. Sin embargo, «por razones de simplicidad»¹⁰, como lo expresa ALEXY, él y, siguiéndolo a él, Martín BOROWSKI¹¹ continúan describiendo los principios como mandatos de optimización.

En este ensayo, no se abordará la cuestión de si esta distinción clásica, la cual ha sido revisada por ALEXY, es adecuada como un criterio para la diferenciación entre reglas y principios. En su lugar, propondré otro criterio que pueda, por lo menos, poseer el encanto de una mayor simplicidad.

2. DISTINGUIENDO REGLAS Y PRINCIPIOS A TRAVÉS DE DERROTABILIDAD

Mi distinción toma su punto de partida de la noción de derrotabilidad. Presentando brevemente el argumento: La derrotabilidad debe ser entendida como la capacidad de admitir excepciones. Si echamos un vistazo a las reglas, notaremos que, en general, tienen excepciones. Esas excepciones, de cualquier forma, no pueden ser enumeradas de manera conclusiva debido al hecho de que las circunstancias que darán origen a casos futuros no pueden ser previstas del todo. Por ello, las reglas jurídicas siempre presentan la capacidad de admitir excepciones, esto es, son derrotables. Por el contra-

⁷ Vid. SIECKMANN, *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems* (nota 2), 65; A. AARNIO, «Taking Rules Seriously», en W. MAIHOFFER and G. SPRENGER (eds.), *Law and the States in Modern Times. Proceedings of the 14th IVR World Conference in Edinburgh*, Stuttgart, Franz Steiner, 1990, 180-192, esp. 187. Para una crítica similar, vid. D. BUCHWALD, *Der Begriff der rationalen juristischen Begründung*, Baden-Baden, Nomos, 1990, 161: «Más bien los principios contienen también mandatos estrictos. Ellos ordenan que se debe decidir de acuerdo con ellos, a menos que otros principios contengan razones más fuertes que fundamenten una decisión distinta, de ese modo se puede afirmar que en casos de colisión de principios se ordena de forma estricta el llevar a cabo una ponderación».

⁸ ALEXY, *On the Structure of Legal Principles* (nota 1), 300.

⁹ *Ibid.*

¹⁰ *Ibid.*, 301.

¹¹ Vid. BOROWSKI, *Grundrechte als Prinzipien* (nota 2), 93.

rio, los principios son mandatos de optimización que no admiten excepciones. Dicho de otra forma, las circunstancias de casos futuros en conjunto con otras condiciones, por ejemplo, principios que compiten entre sí (*competing principles*), se encuentran ya implicados en el concepto de optimización y por tanto constituyen una parte integral de la aplicación del principio mismo. Lo anterior significa que la optimización se encuentra necesariamente relacionada con todas las circunstancias dadas. De ese modo, para aplicar un principio es necesario optimizar y así tomar en cuenta todas las circunstancias dadas. Por tanto, ninguna excepción puede admitirse en la aplicación de un principio. Los principios, en otras palabras, no son derrotables.

En ese sentido, la distinción entre reglas y principios destacada como el axioma central de la teoría de los principios puede ser mantenida recurriendo a la noción de *derrotabilidad*¹². Para respaldar esta tesis, me dirigiré, en un primer momento, a la discusión que ha tenido lugar en la literatura acerca del concepto de derrotabilidad y específicamente derrotabilidad de las reglas. Acto seguido argumentaré a favor de la no-derrotabilidad de los principios como mandatos de optimización. Finalmente, en el apéndice, propondré una triple clasificación de los principios.

2.1. Derrotabilidad y reglas

La noción de derrotabilidad fue introducida, según creo, en la filosofía del derecho por H. L. A. HART en 1948 en su ensayo *The Ascription of Responsibility and Rights*. De acuerdo a las observaciones de HART en ese escrito la derrotabilidad como fenómeno jurídico se encuentra caracterizada por la expresión «a menos que» (*unless*)¹³:

Quando el estudiante ha aprendido que en el derecho inglés existen condiciones positivas requeridas para la existencia de un contrato válido, [...] su comprensión acerca del concepto legal de contrato se encuentra aún incompleto [...] esas condiciones, si bien necesarias, no son siempre suficientes y él debe aprender todavía aquello que puede *derrotar* al alegato de que el contrato es válido, aun cuando todas esas condiciones se han visto satisfechas. El estudiante debe aprender que es lo que sigue a la expresión «a menos que».

Desde que HART escribió esas líneas su noción de derrotabilidad ha sido tema de numerosas discusiones, ha sido criticada y desarrollada en varios escritos. Recientemente dos tesis doctorales han abordado la derrotabilidad prestando especial atención al tema del razonamiento jurídico. Una de ellas es la investigación de Bartosz BROŻEK titulada *Defeasibility of Legal Reasoning* publicada en 2004. En ésta, BROŻEK ofre-

¹² Por tanto, la noción de derrotabilidad no pone en tela de juicio la distinción entre reglas y principios, como Giovanni SARTOR reclama. Vid. G. SARTOR, «Defeasibility in Legal Reasoning», *Rechtstheorie*, 24 (1993), 281-316, esp. 281, 305 y ss. Por el contrario, conduce a una distinción estructural. La objeción de SARTOR será examinada más adelante.

¹³ «When the student has learnt that in English law there are positive conditions required for the existence of a valid contract, [...] his understanding of the legal concept of a contract is still incomplete [...]. For these conditions, although necessary, are not always sufficient and he has still to learn what can defeat a claim that there is a valid contract, even though all these conditions are satisfied. The student has still to learn what can follow on the word "unless"». H. L. A. HART, «The Ascription of Responsibility and Rights», en A. FLEW (ed.), *Logic and Language*, Oxford, Blackwell, 1951, 145-166 (la cursiva es nuestra) (publicado originalmente en *Proceedings of the Aristotelian Society*, 1948-1949). Para una aproximación más profunda al concepto de derrotabilidad de HART así como objeciones dirigidas a éste, vid. B. BROŻEK, *Defeasibility of Legal Reasoning*, Cracovia, Zakamycze, 2004, 9-24.

ce una compleja triple división de la derrotabilidad basada a su vez en las ideas de Giovanni SARTOR sobre la formalización de la derrotabilidad como «razonamiento no-monotónico»¹⁴. Según BROŽEK, existe derrotabilidad epistémica, derrotabilidad deóntica y textura abierta. En el seno de la derrotabilidad deóntica BROŽEK distingue entre derrotabilidad procedimental, derrotabilidad fáctica, derrotabilidad de conceptos y derrotabilidad de argumentos¹⁵. Siguiendo a SARTOR, BROŽEK intenta comprender la derrotabilidad de forma lógica mediante el razonamiento no-monotónico. Su concepto de derrotabilidad puede ser calificado como amplio.

La otra investigación reciente es el trabajo de Peng-Hsiang WANG¹⁶ sobre *Defeasibility in Legal Reasoning* publicado también en el 2004 en alemán¹⁷. En contraste con BROŽEK, WANG presenta un concepto estricto de derrotabilidad que parece acercarse más a la tradición de HART respecto al «fenómeno a menos que» (*unless-phenomenon*). De acuerdo con WANG, la derrotabilidad consiste en una estructura de excepción a la regla¹⁸: por lo general si se cumplen las condiciones de una regla se sigue una conclusión. La conclusión es derrotada si surge una excepción. De ese modo, aun cuando se cumplan las condiciones para tal caso, la conclusión no se produce. WANG identifica la derrotabilidad como la posibilidad de ser derrotado debido a las excepciones. Contrario a BROŽEK, WANG afirma que derrotabilidad es un fenómeno que demuestra que el carácter no monótono de la argumentación jurídica puede ser tratado mediante el recurso a los medios clásicos, es decir, la lógica monotónica. Para ese fin él se refiere al método de cambio de teoría o revisión de teoría y la «*partial meet contraction*» elaborada en el campo de la lógica simbólica por Carlos ALCHOURRÓN, Peter GÄRDENFORS y David MAKINSON¹⁹. En caso de una excepción, el conjunto primario de premisas se ve ampliado. En lógica clásica una ampliación en el conjunto de premisas no excluye las conclusiones derivadas del conjunto de premisas anterior. Por tanto, incluso si tal caso cuenta como una excepción, la conclusión de la regla anterior todavía se mantiene vigente. En la lógica clásica, la única manera de hacer frente a esta situación sería alterando las premisas del conjunto anterior²⁰.

Un breve ejemplo ilustrará la perspectiva de WANG. Existen reglas que pueden existir perfectamente en todos los sistemas legales conocidos en el mundo contemporáneo. Una regla de ese tipo lo constituye el delito de homicidio. A pesar de que este permite formulaciones muy distintas, su contenido puede ser expresado de la siguiente

¹⁴ SARTOR, *Defeasibility in Legal Reasoning* (nota 12), 281.

¹⁵ Para una visión general del sistema de BROŽEK, *vid.* la figura 14 en BROŽEK, *Defeasibility of Legal Reasoning* (nota 13), 41.

¹⁶ La diferencia más importante entre los trabajos de WANG y BROŽEK, dejando de lado el concepto de derrotabilidad más amplio de BROŽEK, deriva de sus respectivos enfoques acerca de la derrotabilidad. Ambos toman la derrotabilidad deóntica como un argumento no-monotónico. WANG afirma que este argumento no-monotónico puede ser construido por medio de la revisión de teoría en la lógica clásica, monotónica. BROŽEK afirma que derrotabilidad sólo puede ser comprendida por medio de la lógica no-monotónica.

¹⁷ El título en alemán: *Defeasibility in der juristischen Begründung*.

¹⁸ *Vid.* P.-H. WANG, *Defeasibility in der juristischen Begründung*, Baden-Baden, Nomos, 2004, 174.

¹⁹ *Vid.* C. E. ALCHOURRÓN, P. GÄRDENFORS y D. MAKINSON, «On the Logic of Theory Change: Partial Meet Contraction and Revision Functions», *Journal of Symbolic Logic*, 50 (1985), 510-530.

²⁰ Recientemente, BROŽEK afirmó haber aclarado la «distinción entre derrotabilidad y revisibilidad». *Vid.* B. BROŽEK, «Revisability versus Defeasibility», *NILQ*, 59 (2008), 139-147, 139. Dejando de lado la cuestión sobre la solidez de tal distinción, BROŽEK parece confundir el fenómeno (derrotabilidad) con el método de tratar con ella (revisión de la teoría en la lógica clásica, la lógica derrotable en el razonamiento no-monotónico).

forma: «Quien ocasione la muerte de otra persona deberá ser penalizado». Dado el caso que alguien ocasione la muerte de otra persona (H) deberá ser penalizado (P). Esa operación puede ser fácilmente formulada en términos de lógica clásica:

- (1) $\forall x (Hx \rightarrow OPx)$
- (2) Ha
- (3) OPa (1), (2)^{20a}.

Dejando de lado algunas operaciones lógicas básicas²¹, la conclusión (3) se sigue de manera deductiva de (1) y (2). No obstante, existe otra regla común según la cual una persona no será penalizada si actuó en defensa propia. Esto puede formularse de la siguiente forma:

- (1) $\forall x (SDx \rightarrow \neg OPx)$
- (2) SDa
- (3) $\neg OPa$ (1), (2).

Obviamente considerando ambas reglas en conjunto surge una contradicción en caso de que alguien ocasione la muerte de otra persona en defensa propia. En términos lógicos se siguen dos resultados contradictorios:

- (1) $\forall x ((Hx \rightarrow OPx) \wedge (SDx \rightarrow \neg OPx))$
- (2) $Ha \wedge SDa$
- (3) $OPa \wedge \neg OPa$ (1), (2).

La solución es crear una nueva regla. De acuerdo con ésta, una persona que ocasione la muerte de otra será penalizada a menos que actuara en defensa propia, o formulado en términos positivos, una persona que ocasione la muerte de otra en defensa propia no será penalizada:

- (1) $\forall x (Hx \wedge SDx \rightarrow \neg OPx)$
- (2) $Ha \wedge SDa$
- (3) $\neg OPa$ (1), (2).

La operación lógica que se requiere a fin de llegar a esta regla consiste en revisar el conjunto de premisas. Las reglas anteriores $\forall x (Hx \rightarrow OPx)$ y $\forall x (SDx \rightarrow \neg OPx)$ son actualizadas para leerse: $\forall x (Hx \wedge SDx \rightarrow \neg OPx)$. Por tanto, no hay un resultado adverso allí donde surge la excepción de matar en defensa propia. De esta manera, cada excepción que pueda surgir en un futuro caso se afronta concretamente mediante la revisión de la primera premisa. Éste es el núcleo del método mucho más complejo

^{20a} *N. de la T.*: Los símbolos lógicos utilizados por el autor significan: O : operador deóntico obligatorio; \rightarrow : implicación. Las letras H y P significan respectivamente «homicidio» y «pena»; x es una variable general y a un individuo particular. De ese modo, la estructura formalizada

- (1) $\forall x (Hx \rightarrow OPx)$
- (2) Ha
- (3) OPa (1), (2)

debe leerse de la siguiente forma: (1) para todo x vale: si x comete un homicidio (H), entonces x debe recibir una pena (P es debida u obligatoria); (2) a comete un homicidio; (3) a debe recibir una pena, lo que se sigue de (1) y (2). En las estructuras formalizadas abajo se aplican los mismos símbolos. Sólo debe añadirse que los símbolos \neg y \wedge significan «negación» y «conjunción» respectivamente, y que las letras LD representan «legítima defensa».

²¹ A fin de extraer (3) de (1) y (2), se necesitan dos reglas adicionales. La primera se denomina regla de ejemplificación universal. De acuerdo con ésta se deriva de (1) a: (1') $Ha \rightarrow OPa$. La segunda regla es el *modus ponendo ponens*, por lo que de la combinación de (1') y (2) se sigue (3): (2') $(Ha \rightarrow OPa) \wedge Ha \rightarrow OPa$.

de WANG para hacer frente a esta necesidad de revisar el conjunto de premisas; denominado revisión de teoría. No interesan aquí los detalles del método²², ni las críticas²³ que se le han dirigido.

La cuestión que aquí interesa es otra. Según WANG, las reglas jurídicas en general tienen esta capacidad para admitir excepciones. Afirma que no es posible eliminar esta capacidad mediante la incorporación de todas las excepciones a la regla, creando así una nueva regla sin excepciones. Esto, afirma WANG, es imposible en la medida que las excepciones que pueden surgir en casos futuros no pueden ser enumeradas de forma exhaustiva²⁴. En apoyo de esta afirmación, expone una razón importante²⁵: la limitada capacidad humana para imaginar circunstancias en el futuro. Esta razón es la misma que HART presentó en su análisis de la textura abierta del derecho^{25a}:

El primero [obstáculo] es nuestra relativa ignorancia de los hechos; el segundo nuestra relativa indeterminación de propósitos. Si el mundo en que vivimos estuviera caracterizado únicamente por un número finito de notas y éstas, junto con todos los modos en que pudieran combinarse, fueran conocidas por nosotros, podríamos formular provisiones por adelantado para toda posibilidad. Podríamos elaborar reglas cuya aplicación a los casos particulares nunca exigiera una nueva elección. Todo podría ser conocido, y, por ello mismo, las reglas podrían especificar por adelantado la solución para todos los problemas. Éste sería un mundo adecuado para la teoría jurídica «mecánica». Obviamente ese mundo no es el nuestro; los legisladores humanos no pueden tener tal conocimiento de todas las posibles combinaciones de circunstancias que el futuro pueda deparar.

En resumen, la derrotabilidad de las reglas se origina en la limitada capacidad humana de prever todas las circunstancias relevantes y, por consiguiente, en la correspondiente deficiencia estructural de las reglas²⁶. Si las conclusiones de una regla se cumplen, entonces se sigue la conclusión, a menos que surjan excepciones, esto es, si *a*, entonces *b*, a menos que *c*. Debido a que no es posible concebir todas las excepciones, no es posible crear una regla sin excepciones. Por tanto, de acuerdo a los supuestos de WANG y de HART, las normas jurídicas necesariamente tienen la capacidad para

²² Para una descripción profunda de los detalles del método de WANG, *vid.* WANG, *Defeasibility in der juristischen Begründung* (nota 18), 143-173.

²³ BROŽEK afirma que la revisión de teoría no puede resolver el problema de la revisión: «Los métodos formales no pueden determinar cómo es la nueva regla. Puede decir, sin embargo, lo que debe abandonarse de tal teoría con el fin de mantener la coherencia después de la introducción de una nueva regla», B. BROŽEK, *Rationality and Discourse. Towards a Normative Model of Applying Law*, Cracovia, Wolters Kluwer, 2007, 29. BROŽEK tiene razón en la medida en que los métodos formales no pueden decidir cuál de las reglas en conflicto debe ser derrotada. Esa, sin embargo, no es tarea de la lógica. La decisión acerca de qué regla debe ser derrotada es, por naturaleza, externa a la lógica.

²⁴ *Vid.* también ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales* (nota 2), 100 (1993), 80 (2007): las «cláusulas de excepción introducibles en las reglas [...] ni siquiera son teóricamente enumerables».

²⁵ WANG, *Defeasibility in der juristischen Begründung* (nota 18), 78. En ese ensayo WANG señala otra razón principal: la posibilidad de encontrar nuevas excepciones en virtud de los principios. En la teoría de los principios, una colisión entre principios produce una regla que funciona como solución del conflicto. En casos futuros, no obstante, este conflicto de principios puede solucionarse de otra forma en razón de un conocimiento supremo. Sostengo que ambas razones se deben al final de cuentas a las capacidades limitadas de los seres humanos como criaturas discursivas. Así, la segunda razón de WANG implica la reformulación de la primera.

^{25a} H. L. A. HART, *El concepto de derecho*, trad. G. R. CARRIÓ, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2.ª ed., 1992, 160.

²⁶ Para una visión similar, pero un poco más cautelosa, *vid.* J. HAGE y A. PECZENIK, «Law, Morals and Defeasibility», *Ratio Juris*, 13 (2000), 305-325, 312: si «algún factor relevante no fue debidamente considerado, la presencia de ese factor puede ser una razón para no aplicar la regla».

admitir excepciones. Esta noción estricta de derrotabilidad es la que trabajaré en este ensayo. Por razones de claridad, definiré derrotabilidad como la capacidad para dar cabida a las excepciones que no se pueden prever ni enumerar exhaustivamente en todos los casos futuros.

2.2. Derrotabilidad y principios

Afirmo que los principios, al contrario de las reglas, no puede admitir excepciones, por cuanto se considera como parte de su estructura que todas las circunstancias en cuestión serán tenidas en cuenta cada vez que el principio se aplique. Un vistazo a la estructura de los principios servirá para ilustrar este aspecto de su estructura.

2.2.1. Sobre la estructura de los principios

De acuerdo con ALEXY los principios son mandatos de optimización, y los mandatos de optimización son mandatos para optimizar mandatos a optimizar²⁷. Esto conduce a la siguiente estructura de principios:

(P) $OOpt(Op)$ ²⁸.

Siguiendo a ALEXY, toda la formulación de P sería el mandato de optimización, esto es, $OOpt(Op)$. $OOpt$ sería el mandato para optimizar, en tanto Op sería el mandato a optimizar. El mandato a optimizar podría ser denominado *objetivo de optimización*.

No es realmente claro por qué el objetivo de optimización debe ser un mandato. Es muy posible que la condición o el objetivo a optimizar sea una condición u objetivo que debe ser por sí mismo. Pero esto no quiere decir que necesariamente debe ser un mandato, sino que puede ser cualquier condición o cualquier otro objetivo²⁹. De esta manera, se llega a una expansión de la estructura conceptual. Por tanto, una posibilidad para la formulación de la estructura de los principios como mandatos de optimización podría ser:

(P') $OOptZ$ ³⁰.

²⁷ ALEXY, *On the Structure of Legal Principles* (nota 1), 300-301.

²⁸ La idea de esa formulación tiene origen en numerosas discusiones con Johannes BADENHOP. Para una formalización similar, *vid.* SIECKMANN, *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems* (nota 2), 64, y más adelante en la nota 30.

²⁹ *Vid.* también, SIECKMANN, *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems* (nota 2), 64, que trata de finalidades y condiciones: «Un mandamiento de optimización que dice que la (o una) condición que realice una cantidad de fines Z_1, Z_2, \dots, Z_n , pretendidos debe ser producida de forma óptima».

³⁰ Para esa formulación elegí Z , que tiene origen en los términos alemanes «*Zustand*» y «*Ziel*», que significan «condición» y «finalidad» u «objetivo», respectivamente. SIECKMANN, *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*, 64, propone una estructura similar, pero más compleja: « $O\ OPT(Z_1, Z_i)$ ». En esa formulación Z_1 es la única finalidad generalmente exigida por un único principio, y Z_i comprende todas las finalidades que deben ser tomadas en consideración. En ese sentido, SIECKMANN esclarece que la optimización de cualquier finalidad es posible sólo en relación a otras finalidades. Eso puede ser descrito más fácilmente, sin embargo, mediante la formulación arriba presentada, en la cual $OptZ$ siempre significa optimizar Z en relación

Esto significa: se ordenó (*O*) para que en la medida óptima (*Opt*) se cumpla el objetivo o condición (*Z*). Con *P'*, la formulación es menos compleja que la formulación *P* en la cual ALEXY distingue entre mandatos para optimizar y mandatos a optimizar. Considero que un mandato de un solo operador es suficiente para la formulación completa del mandato de optimización.

2.2.2. La diferencia entre reglas y principios: Optimización

Con esta formulación, sin embargo, una diferenciación entre los principios como mandatos de optimización y reglas como mandatos definitivos resulta posible. Una regla como mandato definitivo sería:

(R) Op.

Eso significa: «Se ordena (*O*) que se realice *p*». Un principio, como hemos visto, es: *OOptZ*. Esto es: «Se ordena que *Z* se alcance de forma óptima, lo que significa que se realice *Z* en la mayor medida posible». De esta manera, los principios en forma de *P'* se pueden definir como mandatos para realizar un objetivo de manera óptima. Esta caracterización concuerda perfectamente con la comprensión de los principios de ALEXY. En palabras de ALEXY: «Los principios ordenan que algo debe ser realizado en la mayor medida posible, teniendo en cuenta las posibilidades jurídicas y fácticas»³¹.

Si las reglas (*Op*) y principios (*OOptZ*) se comparan con atención a su estructura, la diferencia estructural entre ellas se hace evidente. Se encuentra en la implicación de *Opt*. Los principios siempre implican un mandato para optimizar, considerando que las reglas simplemente ordenan que algo debe ser realizado en determinadas condiciones. Así, el acto de optimización es característico de los principios: con el fin de aplicar un principio, se debe, necesariamente, optimizar.

Optimizar significa realizar un objetivo en la mayor medida posible, teniendo en cuenta todas las circunstancias relevantes. Sin embargo, si todas las circunstancias relevantes se tienen en cuenta, como lo demandan los principios, no puede haber ninguna excepción³². No existe el «a menos que» en los principios. Por el contrario, cuando se aplican las normas no hay necesidad de tener en cuenta todas las circunstancias relevantes. Si una condición se cumple, la conclusión se sigue. La condición de una regla es siempre un complejo conjunto más o menos coherente de las circunstancias en las que el resultado se sigue, no importa qué otras circunstancias puedan estar en juego. Por tanto, cuando se aplican las reglas la «condición a menos que» puede surgir de estas circunstancias que no son parte de la condición. La regla es, entonces, derrotada y por tanto debe revisarse. Un principio nunca debe ser revisado.

a todas las otras finalidades *Z1* a *Zn*. La optimización con respecto a otros objetivos es parte del concepto de optimización.

³¹ ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales* (nota 2), 99 (1993), 99 (2007).

³² Con una visión similar aunque con distinto propósito, SIECKMANN, *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems* (nota 2), 65: «Todos los motivos para tales excepciones fueron considerados antes en el problema de la optimización».

2.2.3. *Todas las circunstancias relevantes: Inderrotabilidad*

La noción «todas las circunstancias relevantes» apunta al hecho de que no conocemos todas las circunstancias, ni en el presente ni en el futuro. Por tanto, incluido en el concepto de optimización se encuentra el hecho de que no sabemos todo. Debido a que no es posible concebir todas las circunstancias, es suficiente para la aplicación de los principios, esto es, para realizar un objetivo en la mayor medida posible, que tantas circunstancias como sea posible, que sean reconocidas como relevantes, sean tenidas en cuenta. Por tanto, la razón principal³³ de la derrotabilidad de las reglas, la incapacidad humana para concebir todas las circunstancias que conduce al hecho de que no sabemos todo, es una de las condiciones estructurales para la aplicación de los principios.

En conjunto, se puede decir que hay tres tipos de circunstancias que deben tenerse en cuenta al aplicar los principios jurídicos a través de la optimización: (1) grado de conocimiento, (2) las posibilidades fácticas, (3) las posibilidades legales. A la luz de estos tres conjuntos de circunstancias, el objetivo del principio se ha de realizar en la mayor medida de lo posible.

Teniendo en cuenta esta idea, los principios no pueden tener excepciones, por todas las razones tenidas en cuenta contra la realización de los objetivos de un principio y que han de ser consideradas en la optimización todas las circunstancias relevantes conocidas. Por tanto, todas las razones posibles para el surgimiento de excepciones ya forman parte del procedimiento de optimización. Los principios, en otras palabras, no pueden admitir excepciones, no son derrotables.

2.2.4. *Objeciones: Derrotabilidad de los principios*

Hay una serie de objeciones a la afirmación de que las reglas y los principios se pueden distinguir por medio de la noción de derrotabilidad. En lo que sigue, me referiré a las objeciones planteadas por: a) Giovanni SARTOR, y por b) Jaap HAGE y Aleksander PECZENIK. Las objeciones de esos autores tienen en común el hecho de que todas ellas tienen a los principios por derrotables. Se verá que las objeciones de estos estudiosos, acerca de la forma de comprender los principios, tienen algo más en común: el error que cometen.

a) SARTOR: Una distinción meramente gradual

Según SARTOR, «la distinción entre reglas y principios, si se basa en la noción de derrotabilidad, no sería una partición entre categorías de normas con diferentes estructuras lógicas, sino, a lo sumo, una distinción empírica y gradual»³⁴. Para SARTOR,

³³ Además, también incluyen principios que compiten entre sí y reglas. Esa es, de acuerdo con WANG, el segundo motivo de derrotabilidad de las reglas (*vid.* nota 25). Las posibilidades para la realización de la finalidad de un principio corresponden a aquello que es jurídicamente posible. La posibilidad jurídica es determinada por otros principios o reglas. Por tanto a fin de aplicar un principio y así realizar su finalidad en la mayor medida posible, debe tenerse en consideración la posibilidad jurídica.

³⁴ SARTOR, *Defeasibility in Legal Reasoning* (nota 12), 306 (la cursiva no es del original).

ambos tipos de normas, reglas y principios, son derrotables, y la única diferencia se refiere a «la prevalencia de los aspectos que cada norma [exhibe], hasta cierto punto: sólo podemos decir que una norma es una regla [en] tanto su antecedente contiene términos descriptivos precisos, y su prioridad (su importancia relativa) en lo que respecta a las demás normas está exactamente determinada, y una norma es un principio en el tanto su antecedente contiene términos imprecisos o evaluativos y su prioridad es indeterminada»³⁵.

Con esta distinción meramente gradual entre reglas y principios, SARTOR desenfoca la cuestión. En efecto, hay principios, así como reglas que contienen en sus antecedentes términos imprecisos o evaluativos. Por tanto, una distinción no puede basarse en eso. Por el contrario, la diferencia vendría a ser que los principios exigen una optimización en relación con todas las circunstancias relevantes, mientras que las reglas exigen una realización en relación con determinadas circunstancias taxativamente enumeradas en el antecedente. Por tanto, reglas y principios difieren en su estructura.

La objeción de SARTOR, sin embargo, se encontraba dirigida originalmente a la distinción realizada por DWORKIN entre reglas y principios. Según SARTOR, DWORKIN «parece fundamentar precisamente en la derrotabilidad la distinción lógica entre dos tipos de normas, que él llama respectivamente reglas y principios»³⁶. Si esto fuera cierto, la distinción que aquí se propone no sería del todo original. Por tanto, debemos echar un vistazo a la distinción realizada por DWORKIN.

DWORKIN, ya en 1977, había afirmado que «la distinción entre los principios jurídicos y las normas [en el sentido de reglas] jurídicas es una distinción lógica»³⁷. Sin embargo, la distinción de DWORKIN equivale a la comprensión de que las reglas deben ser aplicadas de una manera todo o nada, de modo que «la norma puede tener excepciones, pero si las tiene, es inexacto e incompleto enunciarla de manera tan simple, sin enumerar las excepciones»³⁸. Con el fin de tener una formulación exacta de una regla, sin embargo, las excepciones pueden ser tomadas en cuenta mediante su enumeración y, por tanto, mediante la revisión de la regla. Hasta este punto, no hay diferencia de mi propio enfoque. Según DWORKIN, «en teoría, sin embargo, no hay razón por la cual no se las pueda agregar a todas»³⁹. Aquí puede notarse claramente que DWORKIN no aprecia el fenómeno de la derrotabilidad: las excepciones a la reglas jurídicas⁴⁰ no pueden

³⁵ *Ibid.*

³⁶ *Ibid.*, 305 (la cursiva del original).

³⁷ R. DWORKIN, *Los derechos en serio*, trad. M. GUASTAVINO, Barcelona, Ariel, 1984, 74 y ss.

³⁸ *Ibid.*, 75.

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ Es posible, sin embargo, inventar un sistema de reglas en el cual éstas no sean derrotables. Eso se aplica a las reglas de un juego, por ejemplo, el ajedrez. La razón para eso es obvia: cuando el sistema se encuentra definido en todos sus aspectos, tal como en el caso del ajedrez, se excluye la posibilidad de que surjan excepciones inesperadas. Así, no pueden existir excepciones que no hayan sido previstas. Sin éstas tampoco puede haber derrotabilidad. En los sistemas jurídicos, esta posibilidad de sistemas definidos de este modo se encuentra excluida, en términos prácticos pues las normas legales siempre pueden entrar en conflicto con el mundo real pues las condiciones de éste son siempre cambiantes. Curiosamente, DWORKIN, *Los derechos en serio* (nota 37), 75, toma su enfoque de «todo o nada» el cual «se puede ver con toda claridad si consideramos de qué manera funcionan las reglas, no en el derecho, sino en alguna actividad dominada por ellas, como puede ser un deporte» e ilustra su afirmación con reglas adoptadas del béisbol.

ser enumeradas de forma exhaustiva⁴¹. Por otro lado, de acuerdo con DWORKIN, en relación a los principios, los contraejemplos no pueden ser tratados como excepciones «porque no podemos esperar que los ejemplos en contrario queden simplemente incluidos en un enunciado más extenso del principio»⁴². Una vez más, DWORKIN enfoca la cuestión decisiva de la distinción entre reglas y principios que gira en torno a la derrotabilidad: Ella reside en el hecho de que los contraejemplos no sólo «no están, ni siquiera en teoría, sujetos a enumeración»⁴³, sino que representan una parte primordial de la aplicación de los principios.

Por tanto, la distinción de DWORKIN puede tener una raíz similar, pero no es derrotabilidad, en todo caso, no en el sentido que estoy utilizando la noción aquí. Como resultado de ello, DWORKIN no empleó derrotabilidad —entendida como la capacidad para dar cabida a las excepciones que no se pueden prever y enumerados exhaustivamente para todos los futuros casos— como criterio distintivo, sino más bien el número de excepciones posibles. Por tanto, la objeción de SARTOR puede referirse a la distinción de DWORKIN, pero no se refiere a mi distinción.

b) HAGE y PECZENIK: Principios como razones contributivas

De manera semejante a SARTOR; HAGE y PECZENIK, entienden que tanto los principios como las reglas son derrotables. Según ellos, ambos tipos de normas pueden admitir excepciones «Si hay una excepción a la regla en un caso concreto, la regla no se aplicará al caso»⁴⁴. Así, de acuerdo con HAGE y PECZENIK, «se puede decir que si hay una excepción, la regla no se aplicará incluso si es aplicable»⁴⁵. Es decir, «las excepciones a la regla excluyen su aplicación»⁴⁶. Y ocurrirá tal excepción «si algún factor relevante no ha sido debidamente tomado en cuenta»⁴⁷.

Es otra historia con los principios: «Si ocurre una excepción al principio [...] el principio no se aplica, a pesar de que sus condiciones se cumplan». Hasta ahora, las reglas no parecían ser diferentes. Pero, como HAGE y PECZENIK afirman, «la única excepción a un principio es cuando hay una regla que se refiere al caso»⁴⁸. «Si una regla se aplica en un caso, [...] los principios [...] se vuelven irrelevantes»⁴⁹. Su razón aquí radica en su comprensión de los principios como razones contributivas (*contributing reasons*) a la acción, exigiendo que un objetivo sea alcanzado, mientras que las reglas son razones decisivas (*decisive reasons*) que funcionan como razones excluyentes

⁴¹ Vid. también BOROWSKI, *Grundrechte als Prinzipien* (nota 2), 76: «Entonces puede suceder realmente que ninguna excepción previamente concebida se presente. Sin embargo debe tenerse suponerse que una excepción desconocida podría llegar a presentarse».

⁴² DWORKIN, *Los derechos en serio* (nota 37), 76.

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ HAGE y PECZENIK, *Law, Morals and Defeasibility* (nota 26), 310.

⁴⁵ *Ibid.*, 10-311. Siguiendo a HAGE, WANG describe la estructura de excepción a la regla de la misma forma. Vid. WANG, *Defeasibility in der juristischen Begründung* (nota 18), 61.

⁴⁶ HAGE y PECZENIK, *Law, Morals and Defeasibility* (nota 26), 310.

⁴⁷ *Ibid.*, 312.

⁴⁸ *Ibid.* HAGE y PECZENIK no son suficientemente claros sobre si la existencia de una regla en conflicto es la única excepción en la aplicación de un principio. Para ellos, esa es «prácticamente» (312) la única excepción o, por lo menos «la más importante y tal vez la única especie de excepción».

⁴⁹ *Ibid.*, 308.

(*exclusionary reasons*) cuando chocan con los principios como razones contributivas (*contributing reasons*)⁵⁰. Sin embargo, de acuerdo con HAGE y PECZENIK, esta irrelevancia «es sólo una de las causas para la derrotabilidad»⁵¹ de los principios. Lo más importante es lo que ellos llaman una segunda causa, según la cual la anulabilidad de los principios es parte de su naturaleza como razones contributivas. «La ponderación de razones contributivas es la segunda causa de derrotabilidad»⁵². Si un principio es superado por otro, el primer principio es derrotado⁵³.

Sin embargo, ninguna de las causas mencionadas por HAGE y PECZENIK conduce a una derrotabilidad de los principios si, como he propuesto anteriormente, una ponderación de principios concurrentes o reglas en conflicto son entendidos como parte de las circunstancias del caso. Entonces el principio como un mandato de optimización no se encuentra derrotado, sino simplemente aplicado, con el resultado que su realización es posible sólo si el contrapeso que comprende el principio de la competencia o las razones que respaldan la regla en conflicto no lo superan en peso.

3. RESULTADOS

La distinción entre reglas y principios que se deriva de la noción de derrotabilidad lleva a algunos resultados adicionales, a resultados que trascienden la mera diferenciación. Éstos se refieren a los resultados de la distinción del carácter *prima facie* de las reglas y los principios, y la propuesta de una concepción tripartita de principios.

3.1. El carácter *prima facie* de las reglas y los principios

Con la distinción de las reglas como normas derrotables y principios como normas no derrotables, es posible una explicación acerca del carácter *prima facie* de las reglas y los principios. Las reglas, como señala ALEXI, muestran un carácter *prima facie*, porque siempre es «posible, con motivo de la decisión de un caso, introducir en las reglas una cláusula de excepción»⁵⁴. Los principios presentan un carácter *prima facie* distinto: consisten en mandatos *prima facie* porque «carecen de contenido de determinación»⁵⁵.

Esta diferencia estructural entre las reglas y los principios concerniente a su respectivo carácter *prima facie* puede ser explicado por la noción de derrotabilidad. Las reglas son *prima facie* en virtud de ser derrotables. Siempre es posible que pueden surgir circunstancias que dan lugar a una excepción imprevista. Los principios, por otra parte, son *prima facie*, pero no son derrotables. Ellos son *prima facie* por su contenido de determinación, su importación para la aplicación en cuestión, debe determinarse en cada aplicación y en relación con todas las circunstancias. Por tanto, cuando se trata de

⁵⁰ Sobre el entendimiento de HAGE y PECZENIK sobre razones decisivas, contributivas y excluyentes, *vid. ibid.*, 306-307. *Vid.* también WANG, *Defeasibility in der juristischen Begründung* (nota 18), 55-56.

⁵¹ HAGE y PECZENIK, *Law, Morals and Defeasibility* (nota 26), 315.

⁵² *Ibid.*

⁵³ *Ibid.*, 315-316.

⁵⁴ ALEXI, *Teoría de los derechos fundamentales* (nota 2), 99 (1993), 80 (2007).

⁵⁵ *Ibid.*

una regla, el contenido disponible en la aplicación es definitivo, pero derrotable y, por tanto, *prima facie*; mientras que en el caso del principio, el contenido disponible de la aplicación es *prima facie*, puesto que ha de determinarse por medio de optimización a la luz de todas las circunstancias relevantes conocidas, y por tanto no es derrotable.

3.2. Una conceptualización triple de los principios

A la luz de la definición de los principios como mandatos de optimización, es decir, como mandatos para realizar un objetivo de manera óptima, y a la luz de la estructura (*OOptZ*) de tales mandatos, puede ser introducida una distinción conceptual que proporcionará un mayor grado de precisión en la discusión sobre los principios. Como punto de partida, el objetivo de la optimización tiene que ser distinguido del mandato de optimización completo. Si el mandato de optimización completo (*OOptZ*) se define como el principio, entonces el objetivo de la optimización es el objetivo del principio (*Z*). Este objetivo del principio es el objetivo o condición que ha de ser realizado. El principio es la norma que exige la realización de los objetivos o condición. Por otra parte, el enunciado utilizado para expresar el principio debe distinguirse del principio mismo. El enunciado será denominado enunciado de principios. Para cada principio habrá, al menos en abstracto, una serie de enunciados de principios. Cada enunciado de principios cuenta como una de las numerosas posibilidades de dar expresión a un principio⁵⁶.

Como resultado, surge una conceptualización triple de los principios: en primer lugar, existe el *enunciado de principios* en el lenguaje natural dando expresión a un principio como una norma. En segundo lugar, existe el *principio* como una norma que exige la realización de un objetivo en la mayor medida posible, y por la vía de la optimización. Por último, en tercer lugar, se encuentra el *objetivo o finalidad del principio* como el objetivo de la optimización que debe ser realizado en la mayor medida posible.

(Traducción de Francisco J. Campos Zamora)

⁵⁶ Esa distinción corresponde a la diferencia entre normas y enunciados normativos. Como afirma *ibid.*, 51 (1993), 34 (2007): «Una norma es, pues, el significado de un enunciado normativo». SIECKMANN, *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems* (nota 2), 29, describe la distinción de la siguiente forma: «Normas [...] son el significado de enunciados deónticos [...]. Enunciados normativos son enunciados deónticos o enunciados que pueden, en su contexto, ser sustituidos por enunciados deónticos y cuyo significado es, por tanto, una norma». La distinción entre norma y enunciado normativo propiamente dicho corresponde a la distinción más general entre significado y enunciado o sentencia, que puede ser encontrado en FREGE: «Si nos limitamos a utilizar la frase sólo en su forma asertiva [...] deben distinguirse dos cosas: la expresión de pensamiento y la afirmación». G. FREGE, *Der Gedanke, Beiträge zur Philosophie des deutschen Idealismus 2* (1918-1919), 58-77, esp. 76. Para otra visión de varias distinciones conceptuales entre una norma y un enunciado normativo, *vid.* ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales* (nota 2), 50 (1993), 33 (2007), *vid.* ahí la nota 10.

UNA NUEVA VISITA A LA CONCEPCIÓN EXPRESIVA*

Alejandro Daniel Calzetta

Doctorando, Universidad de Génova

Alessio Sardo

Doctorando, Universidad de Génova

RESUMEN. En 1981, Carlos ALCHOURRÓN y Eugenio BULYGIN publicaron «The Expressive Conception of Norms», un trabajo relativo a dos posibles concepciones de las normas: la concepción hilética y la concepción expresiva. El desarrollo de la concepción expresiva presentado en aquel artículo dio origen a un profundo debate entre los mismos ALCHOURRÓN y BULYGIN y Ota WEINBERGER, acerca de la ontología de las normas y la viabilidad de la propia concepción expresivista. Nuestro trabajo intenta ir un poco más lejos en la crítica de WEINBERGER a esta concepción (basándonos, en parte, en algunos trabajos sobre el tema realizados por Alf Ross), y ver hasta qué punto esta variante del expresivismo normativo falla, sin por ello olvidar que la misma es el punto de partida para una concepción expresivista de las normas más desarrollada. Al final del trabajo, se harán algunas consideraciones acerca de la concepción hilética.

Palabras clave: ALCHOURRÓN & BULYGIN, WEINBERGER, ROSS, concepción expresiva, concepción hilética.

The expressive conception revisited

ABSTRACT. In 1981 Carlos ALCHOURRÓN and Eugenio BULYGIN published «The Expressive Conception of Norms», a work about two possible conceptions of norms: the hyletic conception and the expressive conception. The account of the expressive conception presented in that work was the origin of a lively debate on the ontology of norms between the said ALCHOURRÓN and BULYGIN and Ota WEINBERGER concerning the viability of said expressivist conception. Our work endeavours to go further on WEINBERGER's critique to said conception (grounding it partially on some works on the subject by Alf Ross) and aims to find the points on which this variant of normative expressivism fails, without forgetting that said variant is the starting point of a more developed expressive conception of norms. At the end of the paper some considerations on the hyletic conception will be advanced.

Keywords: ALCHOURRÓN & BULYGIN, WEINBERGER, ROSS, expressive conception, hyletic conception.

* Fecha de recepción: 2 de mayo de 2014. Fecha de aceptación: 2 de julio de 2014.

Nos gustaría agradecer a las siguientes personas: Juan Pablo ALONSO, Mauro BARBERIS, Carlo DALLA POZZA, Diego DEI VECCHI, Jordi FERRER BELTRÁN, Sebastián FIGUEROA RUBIO, Riccardo GUASTINI, Andrej KRISTAN, Francesca POGGI, Julieta A. RÁBANOS, Giovanni Battista RAITI, María Cristina REDONDO, Marina SBISA, Hugo ZULETA. Todos ellos han leído y discutido algunas de las tesis de este artículo. Nuestros agradecimientos más profundos a Stanley L. PAULSON, por su invaluable ayuda, asesoramiento y apoyo en la corrección de los primeros borradores del trabajo, a Eugenio BULYGIN, por los comentarios y sugerencias realizados al trabajo y por su infinita paciencia para con nosotros, y a Julieta A. RÁBANOS por haber hecho la traducción del manuscrito original en inglés al castellano.

0. OBSERVACIONES PRELIMINARES A MODO DE DECLARACIÓN DE INTENCIONES

El objetivo del presente trabajo es triple:

i) En primer lugar, buscamos honrar a uno de los más grandes filósofos del derecho de nuestro tiempo: Eugenio BULYGIN. Con ese fin trataremos de criticar, de un modo serio y sostenido, uno de sus trabajos más famosos —escrito junto con Carlos E. ALCHOURRÓN— que, luego de su primera aparición, ha sido reconocido como un clásico y uno de los trabajos más influyentes sobre el estatus ontológico de las normas. Por supuesto, nos referimos al artículo de 1981 titulado «The Expressive Conception of Norms», que apareció sólo diez años luego de *Normative Systems* (ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1971). Este artículo ha provocado más de un debate enérgico. El más memorable de éstos, aquel en el cual ALCHOURRÓN y BULYGIN se trenzaron en una controversia con Ota WEINBERGER, controversia que comprende no menos de cuatro artículos separados.

ii) En segundo lugar, volvemos a un estilo irónico e irreverente en trabajos filosóficos, que puede ser encontrado más claramente en Jeremy BENTHAM (en especial en sus primeros trabajos, como «A Comment on the Commentaries») y en Giovanni TARELLO.

iii) En tercer y último lugar, nos esforzamos por recobrar varias tesis desarrolladas por Alf ROSS en su casi olvidada obra maestra *Directives and Norms*, que representa una de las contribuciones más pertinentes al análisis del discurso directivo y normativo. En nuestra opinión, el enfoque de ROSS es refrescante en dos sentidos: uno general y uno particular. En el general, debido a la claridad que aporta a cuestiones de análisis y explicación del discurso jurídico. En el particular, debido al hecho de que si uno se basa en su descripción desencantada del discurso directivo, es posible llegar a soluciones para algunas de las deficiencias en el enfoque de ALCHOURRÓN y BULYGIN del discurso directivo (nos referiremos, de ahora en más, a ALCHOURRÓN y BULYGIN como «A&B»).

En «The Expressive Conception of Norms», el principal propósito es proveer una reconstrucción y comparación entre dos concepciones diferentes de las normas —como entidades puramente abstractas (la concepción «hilética») y como actos de habla (la concepción «expresiva») —, con especial atención a las posibles ventajas teóricas de utilizar la segunda caracterización. Empezaremos con una breve reconstrucción de ambas concepciones (apdo. 2) para clarificar a qué están dirigidas nuestras críticas (apdo. 3). Sin duda, estamos atacando algunos de los principios centrales de estas concepciones de normas —la idea de que son mutuamente excluyentes, la irrelevancia semántica de la fuerza ilocucionaria, el análisis pragmático de las permisiones, y un puñado de otros temas que según nuestra opinión socavan sus esfuerzos—. El objetivo es mostrar que la teoría de los actos de habla y del significado de A&B es, en una palabra, problemática.

1. DOS CONCEPCIONES DE LAS NORMAS. UNA RECONSTRUCCIÓN BREVE Y ESENCIAL

Para comenzar, debemos establecer algunas premisas que son absolutamente necesarias no sólo para el entendimiento del trabajo de A&B, sino también para la correcta comprensión del discurso normativo en general:

i) *Formulaciones normativas, normas y proposiciones normativas*. En muchas ocasiones, A&B han subrayado que existen tres conceptos diferentes, pero relacionados, que toda persona que tenga incluso una mera idea del fenómeno normativo tiene que entender y distinguir, a saber: a) *formulaciones normativas*: frases concebidas como secuencias de signos, que generalmente (¡pero no necesariamente!) están caracterizadas por la presencia de un cierto elemento sintáctico deóntico —por ejemplo: un verbo en modo imperativo—. Su significado expresará o bien una *norma* o bien una *proposición normativa*; b) *normas*: esencialmente, *imperativos* que establecen que un cierto estado de cosas está permitido, prohibido o es obligatorio; c) *proposiciones normativas: enunciados existenciales sobre normas* —es decir, proposiciones al efecto de que cierta norma pertenece a cierto sistema normativo—. Su función es describir un hecho sobre la dimensión normativa del mundo: el hecho de que *esta-o-aquella* norma existe¹. Necesitamos elementos contextuales para determinar si la estructura lógica de (a) es (b) o (c), dado que (b) y (c) son expresadas de la misma forma (en otras palabras, comparten la misma estructura sintáctica). Por ejemplo, considérese el siguiente enunciado: 1) «No debes tener otro hombre más que yo»*. Cuando es proferida por Prince Buster en su bonita canción *Los Diez Mandamientos del Hombre*** es una formulación normativa cuyo significado es una norma perteneciente a la ética Rastafari de Prince Buster. Si, por el contrario, el mismo enunciado es proferido por cierto sujeto, llamémosle Pedro, que sólo ha reconstruido o está simplemente describiendo la ética misógina de Prince Buster en una conversación con un amigo —sin ningún compromiso o aprobación posterior—, entonces es una proposición normativa sobre la existencia de cierta norma que pertenece al sistema normativo de Prince Buster. Sólo las proposiciones normativas pueden ser verdaderas o falsas, ya que son enunciados descriptivos (en nuestro meta-lenguaje, usaremos *indicativo* en vez de *descriptivo*): muestran la existencia o la no-existencia de un hecho que pertenece a la *realidad*; las normas, en contraste, no pueden ser consideradas como «descriptivas» bajo ningún concepto, ya que su contenido no tiene nada que ver con la realidad². En nuestro ejemplo, el enunciado de Pedro es verdadero si y sólo si Prince Buster ha proferido la formulación normativa 1) y si del significado de 1) puede decirse que establece un patrón de comportamiento³.

ii) Como acabamos de decir, A&B mantienen una distinción tajante entre enunciado normativo y enunciado *descriptivo*: sólo este último, argumentan, puede ser verdadero o falso. Los enunciados normativos (en nuestro metalenguaje: *enunciados*

¹ Esta distinción es ahora un clásico inevitable en relación a la filosofía de normas. Un énfasis especial ha sido puesto en ésta por la Escuela Analítica de Buenos Aires (*formulaciones normativas y normas*), el Movimiento Realista Genovés (*disposizione giuridica e norme*) y por todas aquellas corrientes tributarias a estas dos escuelas. Durante los últimos, la relevancia de esta distinción ha sido parcialmente entendida también por los filósofos del derecho de la tradición del *Common Law* (por ejemplo, John GARDNER y Leslie GREEN).

* *N. de la T.*: En el original en inglés, «*Thou shall not have any other man but me*»; si bien en la fuente de la cual extraen los autores la frase, ésta aparece como: «*Thou shall have no other man but me*».

** *N. de la T.*: En el original en inglés, «*The Ten Commandments of Man*».

² Como puede apreciarse, las normas y las proposiciones normativas pueden ser fácilmente confundidas si uno no es cuidadoso. La obligación, por ejemplo, es proclive a dichas confusiones. Para evitar esto, A&B han introducido dos operadores para la obligación: «O» para normas, y «OO» para proposiciones normativas.

³ La idea de la norma como patrón de comportamiento es afirmada por Karl OLIVECRONA en OLIVECRONA, 1939: 30-49, y más claramente reafirmada en la segunda edición de dicho trabajo (OLIVECRONA, 1971: 115-118).

que contienen una directiva y tienen una función directiva) están divididos en dos elementos: un elemento descriptivo —que cuenta como la representación de un estado de cosas, que en *Normative Systems* es llamado un «caso» (ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1971: 35-46)— y un elemento prescriptivo —el operador deóntico que modula una acción, que es la «solución», de acuerdo con el léxico de *Normative Systems* (ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1971: caps. 1 y 3). Es útil señalar que, ya en este punto, las cosas comienzan a ponerse confusas: ciertamente, ¡parece muy difícil de creer que un concepto constituido por «una parte descriptiva» no tenga nada que ver con la realidad, como sostienen A&B! Sin embargo, dejaremos este problema de lado, al menos por el momento.

Con estas consideraciones en mente, podemos ahora comenzar la reconstrucción de las concepciones hilética (CH) y expresiva (CE) de las normas.

De acuerdo con A&B, hay dos formas diferentes de concebir a las normas:

i) La *concepción hilética (CH)*: aquí, las normas son consideradas como *entidades de tipo proposicional**, a saber, entidades puramente conceptuales o, en otras palabras, abstracciones puras que son, desde un punto de vista ontológico, completamente independientes del lenguaje. El significado es considerado como un objeto ideal que tiende en sí a la cognición o a la percepción. Para la CH, las normas son entidades de tipo proposicional que pueden ser combinadas y/o negadas mediante conectivas proposicionales⁴.

ii) La *concepción expresiva (CE)*: aquí, las normas son consideradas como *actos de habla prescriptivos*, esto es, proposiciones proferidas con una cierta función pragmática. Siguiendo la tendencia principal que se originó en los influentes trabajos de Jørgensen sobre este tema (JØRGENSEN, 1937-38), A&B presentan a las normas-CE como el resultado de un acto deliberado de prescripción**, siendo éste la expresión de un deseo hacia otros sujetos (*destinatarios*). Este acto de ordenamiento*** está, en sí, constituido por dos diferentes factores: un *factor prescriptivo* y un *factor descriptivo*. El primero es simplemente la expresión del estado mental del hablante; corresponde, en otras palabras, a un *elemento psicológico*.

En este punto, A&B recurren a la teoría de los actos de habla en pos de las herramientas necesarias para su empresa⁵. Adoptan una posición muy similar a la defendida por John SEARLE (1969), esto es, asumen que los actos de ordenar, afirmar, preguntar, rechazar, permitir, etc., son concebidos como características ilocucionarias de las *proposiciones* (WEINBERGER, 1985a: 168)⁶.

* *N. de la T.*: En el original, «*proposition-like entities*».

⁴ Ésta es una consecuencia de concebir a las normas como entidades de tipo proposicional (cualesquiera que sean éstas), no de la CH *per se*, y que las conectivas lógicas y la negación funcionan sobre estas entidades justo como lo hacen sobre las proposiciones.

** *N. de la T.*: En el original, «*command*». Utilizaré la traducción castellana «prescripción» u «orden», según el contexto.

*** *N. de la T.*: En el original, «*acts of commanding*».

⁵ Su versión de la teoría de los Actos de Habla es más cercana a la tradición de SEARLE-STRAWSON que a la tradición de Austin SBISA.

⁶ La visión de A&B difiere radicalmente de la expresada por Hans KELSEN. Su visión es que la derogación es un acto que involucra sólo la eliminación de una norma de un sistema normativo: éste no produce ningún conflicto normativo y no tiene implicación para la futura producción de normas.

Las normas-CE son esencialmente órdenes. Su diferencia con los otros actos de habla está confinada al nivel pragmático, dado que a nivel semántico no hay diferencia alguna entre órdenes, preguntas, rechazos, etc. Todos ellos expresan el mismo contenido (una proposición), y la fuerza ilocucionaria no tiene *relevancia semántica*.

En la concepción expresiva, el acto de rechazar una orden, en particular, recibe un tratamiento contra-intuitivo, siendo considerado como algo más que la simple derogación de una norma. ALCHOURRÓN y BULYGIN sostienen que este también puede referir a la prevención de actos futuros de promulgación que estén en conflicto con el contenido del rechazo previo. De esta manera, rechazar p impediría la imposibilidad de ordenar p en el futuro. Este uso del rechazo no se corresponde con la terminología ordinaria: es más amplio, y se viene abajo cuando se enfrenta a nuestros supuestos comunes sobre las reglas constitutivas de rechazo —por consiguiente, consideramos que si una cierta persona rechaza p en un cierto tiempo t_1 , esto no impide la aceptación de p en un tiempo t_2 —⁷.

En resumen, las diferencias más importantes entre las dos concepciones son las siguientes: i) el operador deóntico en la CH funciona como un signo de capacidad *semántica*, mientras que en la CE, funciona como un signo de capacidad *pragmática* (ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1984: 454) 8; y ii) las normas-CE no pueden ser combinadas o negadas por conectivas proposicionales, como es el caso en la CH, pero podemos combinar o negar sus contenidos⁹.

2. UNA PRIMERA SERIE DE CRÍTICAS DIRIGIDA A AMBAS CONCEPCIONES

2.1. «Divididos, caemos; juntos, nos mantenemos». La CH y la CE no son mutuamente excluyentes...

2.1.1. *El milagro de una lógica insular para la CE*

La idea de que la CH y la CE son mutuamente excluyentes parece ser errónea.

Si consideramos ciertas premisas adicionales que pertenecen a la concepción general de A&B de la relación entre lógica y normas, una lógica de proposiciones normativas *necesariamente* presupone una lógica de normas. Para ellos —pero no para nosotros— sería imposible que una lógica de enunciados existenciales («la norma tal-o-cual existe») no comparta las mismas propiedades que los otros enunciados que se pretenden describir. En otras palabras, las relaciones lógicas entre proposiciones normativas tienen que ser, para A&B, simplemente un reflejo de las relaciones lógicas entre las normas descritas por esas proposiciones.

⁷ Hay otra forma en la cual podemos considerar un acto de rechazo. Un acto de rechazo puede ser considerado como un acto metalingüístico en proposiciones normativas. Cfr. DALLA POZZA, 2008.

⁸ Aquí, A&B siguen de cerca a REICHENBACH, 1947.

⁹ Debe ser señalado que A&B han, al final, abandonado la CE a favor de la CH por la incapacidad de la CE de dar una explicación adecuada de las normas condicionales. Vid. CARACCILO, 1993: 507-508. Esta deficiencia, sin embargo, no es la base de nuestra crítica.

Ahora bien, cuando A&B sostienen que la CE permite una lógica de proposiciones normativas, a pesar del hecho de que consideran que las normas-CE no tienen relaciones lógicas, nos parece que van directamente contra el marco teórico general de su propia teoría —a saber, la idea de que una lógica de proposiciones normativas *necesariamente* presupone una lógica de normas y que ambas comparten las mismas propiedades— (ALCHOURRÓN, 1969: 245 ss.)¹⁰. Resulta que una fuerte evidencia apunta al hecho de que A&B construyen su lógica de proposiciones normativas para las normas-CE partiendo de los axiomas y propiedades lógicas que establecieron para las normas-CH. En este sentido, no podemos decir que las dos concepciones son mutuamente excluyentes— al menos, desde un *punto de vista ontológico*—, desde que la CE es reconstruida a través de una lógica de proposiciones normativas que, a su vez, presupone la CH. Esto nos parece una contradicción.

Si usted desea tener alguna prueba considere, por ejemplo, la siguiente pregunta: ¿cómo pueden A&B considerar que «! p » y «! j » implican una contradicción? Lo que realmente ocurre es que A&B están extrapolarando la noción de contradicción desde su propia lógica-CH, que, a su vez, está basada en lógica proposicional (WEINBERGER, 1985a: 177). La misma consideración se aplica al hecho de que la presencia de p en un acto de promulgación (! p) excluye $\neg p$ del conjunto ordenado (WEINBERGER, 1985a: 178). La *Ley de No-Contradicción* parece más una ley normativa de la CH que una verdad conceptual.

2.1.2. *Intermezzo: algunas otras formas de mezclar las cosas*

Algunas piezas, o ideas, de la CH y de la CE pueden ser «combinadas». En este apartado, trataremos de mostrar que hay varias maneras de «mezclar» las dos concepciones.

i) La primera posibilidad niega la conexión estricta entre normas y actos de ordenamiento, pero acepta la idea de que los significados son entidades platónicas cuya existencia es de algún modo independiente del lenguaje. El significado es una abstracción que no está estrictamente conectada a actos lingüísticos, pero está no obstante relacionada a prácticas lingüísticas (WEINBERGER, 1985a: 168-169). Ésta es la posición defendida por el mismísimo Weinberger, que concibe los significados como «... construcciones de nuestro intelecto que producen conceptos y otras estructuras significativas desde el lenguaje que subyace a nuestro razonamiento y discurso» (WEINBERGER, 1985a: 170)* —casi una visión popperiana sobre el tema, podríamos decir (POPPER y ECCLES, 1977: 43-50)—. También podemos encontrar una concepción similar del significado en los escritos del último Hans Kelsen (1979).

ii) La segunda posibilidad es aquella propuesta por Alf Ross y seguida por Riccardo Guastini. Ésta defiende un enfoque donde las normas son *entidades type*** que son dependientes del lenguaje y similares a las proposiciones. Son similares no en virtud de compartir la característica de una existencia atemporal, sino debido al hecho de que: a) una norma no debe ser confundida con la oración que la expresa (la vieja

¹⁰ BULYGIN, en otros trabajos con ALCHOURRÓN, también comparte esta visión.

* N. de la T.: Traducción propia al castellano.

** N. de la T.: En el original, «*type-entities*».

distinción entre normas y formulaciones normativas); por tanto, *b*) su existencia depende de dos diferentes hechos lingüísticos: formulación e interpretación (GUASTINI, 2013: 142-143); *c*) para ser producidos correctamente, deben respetar reglas sintácticas; *d*) las normas pueden ser consideradas sin hacer uso de las mismas; *e*) pueden ser mencionadas sin ser usadas (MUFFATO, 2010: 28-43); *f*) pueden ser usadas en ejercicios de habla terapéuticos (ROSS, 1968: 61 y ss.).

Las proposiciones representan el tópicico como *real*, pues refieren a un estado actual de cosas en el mundo, que puede ser falseado a través de un procedimiento establecido y objetivo. Sin embargo, las *directivas* no tienen ninguna relación con la realidad: es incorrecto decir que algo debe ser real y que, por tanto, tiene alguna conexión con la realidad (ROSS, 1968: 35). En todo tipo de directivas, el tópicico no es entendido como algo real sino como un patrón de comportamiento. En el discurso jurídico, las directivas son cuasiórdenes heterónomas que se manifiestan en las leyes y las convenciones, que, a su vez, son presentadas como medios para el fin de servir al interés de alguna entidad cohesiva llamada «sociedad».

En este trabajo, vamos a suscribir (y defender) este modelo.

2.2. Si la función cambia, ¡también cambia el contenido! proposiciones y entidades de tipo proposicional

Es en algún punto engañoso concebir a las normas simplemente con el resultado de operaciones sobre proposiciones. La idea de que las proposiciones siempre están contenidas en las directivas es errónea, ya que las directivas tienen su propio y específico contenido semántico no-proposicional, que es diferente al de las proposiciones normativas. En un nivel más general, consideraremos que no todos los actos de habla son proferimientos de proposiciones. Estas tesis pueden ser claramente demostradas por los siguientes argumentos:

2.2.1. El primer desafío

Si todos los actos de habla fueran simples operaciones sobre proposiciones, debemos sostener que de una contradicción entre las proposiciones *p* y $\neg p$, se obtendrá lo siguiente:

- a) Contradicción entre las afirmaciones: « $\vdash p$ »/« $\vdash \neg p$ ».
- b) Contradicción entre las órdenes: « $!p$ »/« $!\neg p$ ».
- c) Contradicción entre los rechazos prescriptivos: « $\neg p$ »/« $\neg \neg p$ ».
- d) Contradicción entre permisos (positivos): « Pp »/« $P\neg p$ ».
- e) Contradicción entre preguntas: « $?p$ »/« $?\neg p$ ».

Pero no es el caso que todos estos actos de habla produzcan una contradicción. Sólo tres ejemplos:

i) La así llamada «contradicción» entre rechazos prescriptivos —el caso *sub c*)— no es en absoluto una contradicción genuina. En este caso, lo que tenemos es la exclusión de dos contenidos diferentes pertenecientes al conjunto. Se obtendría una contradicción

sólo si hay contenidos que permanezcan dentro del conjunto. Si dos contenidos *prima facie* contradictorios son rechazados del conjunto, lo que realmente tenemos es la remoción de los dos contenidos, y no una contradicción. Por ejemplo, rechazamos tanto «No debes tener otro hombre más que yo» como «Debes tener otro hombre además de mí». A lo sumo, lo que queda puede ser entendido como una *laguna*, pero no una contradicción.

ii) Pp y $P-p$ —el caso *sub d*)— no son contradictorias de ninguna manera. Como es bien sabido, ambas permisiones: i) hacen posible producir diferentes contenidos (lo que quiere decir que no entran en conflicto); ii) son las dos caras de la noción de «Facultativo», que generalmente es definido como la permisión de « p » y « $-p$ » *al mismo tiempo*. Por ejemplo, si decimos que para Pedro es facultativo fumar *ganja*, esto significa que sus padres le han permitido expresamente tanto fumar como no fumar *ganja*; entonces, no se obtiene una contradicción, ya que fumar *ganja* y no fumar *ganja* son diferentes contenidos (respectivamente: acción y omisión).

iii) Finalmente, en lo que respecta a las preguntas, no tenemos ningún tipo de contradicción en que ambos tipos de preguntas se refieran al mismo estado de cosas, y ambos pueden ser respondidos con la misma oración sin producir ningún tipo de problema lógico. Por ejemplo, si preguntamos a Pedro: «¿Bulygin es ruso o no?» y «¿Es Bulygin no ruso?» al mismo tiempo, no hay en absoluto una contradicción, y la respuesta a ambas es siempre: «Sí, Bulygin es ruso»¹¹.

Puede ser objetado, concedemos, que esta demostración prueba meramente que la fuerza ilocucionaria tiene relevancia semántica sólo en el caso de las permisiones (y las preguntas). Esta objeción no puede hacerseles a A&B, sin embargo, dado que es incompatible con su marco teórico general, donde la noción de permisión es considerada un concepto primitivo, que es la base para proporcionar una definición de obligación¹². Sería inconsistente decir que la fuerza ilocucionaria tiene dimensión semántica para la permisión y no para la obligación, cuando la última se deriva de la primera. Por supuesto, este argumento es válido sólo si aceptamos la idea de que la CE y la CH no son mutuamente excluyentes, ya que la CE está basada en la CH y todos los conceptos de la CE se definen en términos de otros conceptos, que se definen en términos de todavía más conceptos, etc., que se definen por último en términos de permisiones-CH.

Dado que, sin embargo, A&B no son conscientes de este detalle, ellos en realidad tratan de salvar el problema de las permisiones de un modo diferente, reduciendo las permisiones-CE a actos de rechazo. Al final, su intento falla inevitablemente —y esto es así incluso si se quiere aceptar la independencia de las CH/CE—. Para mostrar este fracaso, necesitamos un poco de formalización. Usaremos los siguientes símbolos:

- ¡: Acto de rechazo.
- !: Acto de promulgación.
- [P]: Permisión Pragmática.
- >>: Reducción.
- P**: Relación de Precedencia.

¹¹ Sin duda, este ejemplo es, por supuesto, un poco ambiguo. Uno puede argumentar perfectamente que BULYGIN es ruso en base al *ius sanguinis*, que quizás es ucraniano en base al *ius solis*, e incluso que quizás es argentino, debido a su identificación con el país.

¹² Aún así, este no es el caso para todo el mundo. Hay algunos que usan «O» (obligación) como el operador primitivo y permisión («P») es entonces definida en términos de obligación. *Cfr.* DALLA POZZA, 2008.

Ahora bien, siguiendo el enfoque reduccionista de A&B, asumiremos que la permisión de una cierta proposición p («permitido p ») puede ser reducido al rechazo de la negación de esa misma proposición («rechazo $-p$ »).

[P] $p \gg i (-p)$.

Significando «la permisión (pragmática) de p es reducida al rechazo de $-p$ ».

Ahora, consideremos los siguientes enunciados:

- 1) «Está permitido fumar».
- 2) «Está permitido no fumar».

Aplicando este enfoque reduccionista, lo que obtenemos es lo siguiente:

- 3) [P] $p \gg i (-p)$.
- 4) [P] $-p \gg i (p)$.

Considérese que para A&B, un sistema normativo está constituido por una base normativa (podemos llamarla «A») junto con todas las consecuencias lógicas de esta base —esto es, «Cn (A)»—, y que las reducciones 1) y 2) constituyen las bases de nuestro sistema normativo. En consecuencia, el resultado de la operación puede ser representado como sigue:

- 5) $i (p); i (-p)$.

Significado que sólo tenemos el rechazo de p y el rechazo de $-p$ como la base de nuestro sistema normativo. Por supuesto, esto significa que:

- 6) $(p); (-p) \notin (A)$.

Que significa que ni p ni $-p$ pertenecen a los contenidos de A. De esto, se sigue que:

[3] $(p \ \& \ -p) \notin \text{Cn} (A)$.

O, en lenguaje simple, que p y $-p$ no pertenecen a las consecuencias de A.

Como puede verse, los problemas permanecen sin resolver, dado que todavía tenemos una *laguna* en nuestro sistema jurídico y no una situación donde p es una acción *facultativa*.

Quizá A&B podrían todavía intentar hacer algo al respecto, protestando que los contenidos de los actos de rechazo, a diferencia de los contenidos de los actos de ordenamiento, tienen diferentes reglas de inferencia: por ejemplo, éstos no generan ninguna consecuencia en Cn (A), pero esto no tiene efecto alguno en este problema. Más aún, ello equivaldría a reconocer que la fuerza ilocucionaria, desde un punto de vista lógico, tiene un impacto indudable en la dimensión del sentido. Debemos considerar también que en la CE no sólo los contenidos de las promulgaciones y rechazos están representados por el mismo tipo de entidad, pero además que el rechazar (esto es, la orden de ignorar) y el promulgar (esto es, la orden de tomar en consideración) *son considerados como el mismo tipo de acto de habla (acto de ordenamiento)*¹³.

¹³ Una pequeña digresión: la distinción de A&B entre promulgación y rechazo es muy similar a la distinción de BENTHAM entre *poder de imperación* (poder de ordenamiento) y *poder de de-imperación* (poder de

Finalmente, incluso si fuera posible encontrar una forma de resolver todos estos problemas, una mera reducción de la permisión pragmática al rechazo seguiría siendo incapaz de proveer una buena reconstrucción de qué sucede en la práctica real de otorgar permisiones. En la vida real, sucede que la «permisión de p » —la cual, si seguimos a A&B, es sólo el «rechazo de $-p$ »— puede coexistir con «prohibiciones de $-p$ ». Bien, si no queremos reconocer la existencia de dos contenidos semánticos (o dos tipos de proposiciones, una de ella caracterizada por un operador deóntico, que apuntan a la fuerza ilocucionaria), la única solución que tenemos con miras a evitar contradicciones y lagunas normativas es decir que toda permisión genera implícitamente una relación de precedencia entre el rechazo de $-p$ (esto es, la reducción del contenido de una permisión) y cualquier otro acto de promulgar p ¹⁴.

Por tanto, cualquier oración del tipo «Yo permito esto-o-aquello» debería tener la siguiente estructura lógica profunda:

$$; (-p) + \mathbf{P} (; -p; ! -p).$$

Significando el rechazo de $-p$ *junto con* la relación de precedencia del acto de rechazo de $-p$ sobre el acto de promulgación de $-p$.

Si ésta es la solución, sin embargo, ¡entonces es evidente que la fuerza ilocucionaria está incrustada en la estructura del contenido semántico! Si la relación de precedencia « P » fuera sólo entre contenidos proposicionales, entonces tendríamos que haber tenido lo siguiente:

$$; (-p) + \mathbf{P} (-p; -p).$$

Significando el rechazo de $-p$ *junto con* la relación de precedencia de $-p$ sobre $-p$.

Y esto no tiene sentido alguno. Significaría que $-p$ tiene precedencia sobre $-p$ lo cual, por supuesto, no puede ser el caso.

Al fin y al cabo, desde esta perspectiva nos damos cuenta que esta operación reduccionista se ve afectada por un problema más. No sólo no somos capaces de dar cuenta de las normas permisivas sino que, de hecho, también es imposible proveer una explicación adecuada de una regla de clausura como «todo lo que no está prohibido, está permitido», porque esta tendría la siguiente forma contraintuitiva:

$$; (p \ \& \ -p).$$

Significando el rechazo de p y $-p$.

A lo sumo, esto es algo que puede ser considerado una buena representación de un sistema estático *á la* Licurgo.

ignorar una orden previa). Después de elaborar la distinción entre ambos poderes, BENTHAM duda sobre la utilidad de ésta llegando, al final, a la conclusión de que la de-imperación es en realidad otra forma de la imperación, otra forma de ordenar. Ambas son, a la larga, actos de ordenamiento porque la orden de ignorar una orden previa es también algo que debe ser tomado en cuenta. Ambas son órdenes, que varían en el contenido pero no en la naturaleza de la orden. *Vid.* BENTHAM, 1970: 26.

¹⁴ Debemos este punto a Giovanni Battista RATTI.

2.2.2. «Aceptar o no aceptar. ¡Esa es la cuestión!»

Los contenidos, tanto del discurso indicativo como el directivo, son principalmente usados con una función adjudicativa: esto es, son sujetos de aceptación y rechazo, que son *actos que determinan actitudes* (ROSS, 1968: 61)*. Desafortunadamente para A&B, estos dos actos que determinan actitudes tienen *diferentes naturalezas*: aceptar o rechazar el contenido del discurso directivo es completamente diferente de aceptar o rechazar el contenido del discurso indicativo. Como fue remarcado anteriormente, una directiva prescribe un patrón de comportamiento mientras que una indicativa representa un estado de cosas que se está produciendo (o se ha producido) en el mundo real. Si estamos de acuerdo en este punto, entonces la aceptación del contenido de una indicativa forma parte de un acto que determina actitudes de tipo declarativo y cognitivo: es asumido que el ser verdadero o falso es una propiedad intrínseca del contenido. Aceptar esto implica el reconocimiento de esta propiedad —algo que no puede ser decidido de una vez y para siempre—¹⁵. En cambio, la aceptación de una directiva forma parte de un acto de *volición*, que *no es cognitivo en su naturaleza*. Es el resultado de una experiencia subjetiva y, por tanto, tratarlo como verdadero o falso es un sin sentido. Como fue señalado por Alf ROSS, la aceptación de una directiva es un *acto constitutivo*. Si estamos dispuestos a aceptar el no-cognitivismo moral, esto se sigue de un modo perfectamente sencillo, y todos saben que A&B son básicamente paladines de esta digna posición meta-ética —la única plausible—, y no es un problema si ésta lleva inevitablemente a enfoques eliminativistas como la Teoría del Error de Mackie (MACKIE, 1977: 30-49)¹⁶.

Citando a Alf ROSS:

[...] Proclamar la objetividad de la experiencia subjetiva es apenas respaldo para cualquier teoría; la objetividad sin procedimientos objetivos (intersubjetivos) es un absurdo. El alegato de que la intuición tiene raíces en un poder de la razón que es inherente a la naturaleza humana, o la aserción de que es una revelación de la voz de Dios en nuestros corazones, que por tanto trasciende la arbitrariedad subjetiva, *son evidentemente no más que frases metafísicas huecas*, hechas con el único propósito de defender la creencia en la objetividad real (ROSS, 1968: 64)¹⁷.

Si aceptamos el no-cognitivismo ético y si, por tanto, nos damos cuenta que aceptar el contenido de un acto indicativo es una actividad completamente diferente en su naturaleza a la aceptación del contenido de un acto directivo, tenemos una buena razón para postular la existencia de dos tipos diferentes de contenidos, para tener una

* N. de la T.: En el original, «*attitude-deciding acts*».

¹⁵ Esta es la noción de POPPER de aproximación a la verdad, desarrollada en varios de sus trabajos. Esta afirma que podemos intentar alcanzar la verdad objetiva, pero nunca alcanzarla.

¹⁶ En la reconstrucción de BOGHOSSIAN: «*Consider Mackie on moral properties. Mackie motivates his error theory about moral properties primarily by his argument from queerness: moral properties, he argues, have an impossible nature. Could he explain everything that needs explaining without invoking moral properties? Probably (Harman certainly think so). Would an explanation in terms of moral properties be better? Perhaps. So should we conclude that moral properties are real, for they provide a better explanation of our responses? No, for there's still that problem with their queerness*». Cfr. BOGHOSSIAN, 2002: 235.

¹⁷ «*To proclaim the objectivity of subjective experience is empty backing for any theory; objectivity without objective (intersubjective) procedures is an absurdity. The plea that intuition is rooted in a power of reason which is inherent in human nature, or the claim that is a revelation of the voice of God in our hearts, which therefore transcends subjective arbitrariness, are patently no more than hollow metaphysical phrases, made to order for the sole purpose of defending the belief in real objectivity*». La traducción al castellano y el énfasis son propios.

semántica que ofrezca una explicación completa de lo que realmente tiene lugar. Esto se aplica también al discurso jurídico, y parece que la concepción de A&B es parcial y sobre-reduccionista sobre este punto.

2.2.3. *Prescripciones, condiciones de verdad, y verdad*

Incluso desde Frege, los filósofos del lenguaje han estado principalmente —o incluso, exclusivamente— interesados en el discurso indicativo, cuyo dominio central es la noción de *aserción*. El significado de una *aserción*, desde FREGE y RUSSELL, ha sido concebido como una *proposición*. En esta explicación tradicional, las proposiciones tienen un lazo fuerte con el mundo empírico, con la realidad; por esta misma razón, son definidas en términos de *condiciones de verdad*. J. L. AUSTIN y el «segundo» WITTGENSTEIN han cuestionado este punto de vista llamando la atención sobre los diferentes usos del lenguaje (o los diferentes «juegos lingüísticos») y, en lo que se refiere a AUSTIN, construyendo sus teorías alrededor del concepto de condiciones de felicidad en vez de condiciones de verdad. Desafortunadamente, este camino ha sido abandonado en los nuevos desarrollos de la teoría de los actos de habla (SBISA, 2006): el concepto tradicional de proposición ha sido reintroducido con el fin de describir el contenido de *cualquier tipo* de acto de habla —incluyendo las directivas— y, en algunos casos, ha incluso adquirido una caracterización meramente psicológica, tomada de la idea griceana de la «intención comunicacional» (SBISA, 2006). Esta elección poco feliz ha producido una paradoja embarazosa en todas esas teorías del lenguaje que, como aquella defendida por A&B, niegan el hecho de que las normas sean enunciados evaluables en términos de condiciones de verdad. Y la paradoja en cuestión resulta ser la siguiente: las normas, por un lado, son concebidas como actos de habla que no pueden ser considerados verdaderos o falsos; pero su significado, por otra parte, es definido sorpresivamente en términos de condiciones de verdad.

Más aún, debemos agregar a este punto el siguiente argumento. Una teoría del lenguaje que da prioridad lógica al concepto de aserción no refleja fielmente la estructura real de nuestro razonamiento. Como Francesca POGGI señaló brillantemente, los seres humanos aprenden cómo emitir directivas antes de aprender cómo realizar aserciones; estudios psicológicos incontrovertibles demostraron que los niños pequeños aprenden cómo emitir peticiones y órdenes antes de aprender cómo hablar correctamente sobre la realidad (POGGI, 2012)¹⁸.

2.2.4. *El argumento de la rareza (pero no el de Mackie)*

Dejando de lado por un momento nuestras preocupaciones principales, nos gustaría hacer notar lo raro que es que A&B estén dispuestos a aceptar la idea de la necesidad de distinguir entre dos entidades semánticas diferentes —a saber, proposiciones y normas— en el campo de la CH cuando, por el contrario, no desean comprometerse

¹⁸ La autora se basa en dos estudios empíricos: PIAGET, 1932, y BUSSEY, 1992. En una línea similar, aunque una puramente conceptual, POPPER y ECCLES, 1977: parte 1.

con la misma tesis respecto de la CE. Este hecho suena incluso más extraño si uno también considera que ambas concepciones, como demostramos anteriormente, no están en absoluto separadas, siendo que una está parcialmente basada en la otra¹⁹.

2.2.5. *Una consideración final sobre estos problemas: la pertinencia pragmática de las permisiones*

En este punto, debería quedar claro que A&B dan prioridad incondicional e injustificada a las condiciones de verdad semánticas sobre las pragmáticas. Incluso cuando están estudiando «Cómo hacer cosas con palabras», su foco permanece puesto en la dimensión lógica de la verdad y la implicación. Sus herramientas son demasiado pobres, sin embargo, para dar una buena explicación del lenguaje concebido como una práctica completa, interrelacional y concreta de negociar significados. Si alguien trata de reducir toda forma de discurso directivo a actos de ordenamiento y, más aún, si el segundo paso consiste en reducir el significado de una orden a una noción general de proposición, entonces será absolutamente imposible comprender la naturaleza compleja de los actos de habla.

El malentendido acerca del rol de la permisión ofrece un ejemplo excepcional de las consecuencias desafortunadas de este reduccionismo. En el mejor de los casos, A&B reconocieron en otra parte que las normas permisivas juegan un rol esencial en la pragmática de los sistemas jurídicos, que es malentendida en la CE²⁰. La función principal de una norma permisiva es impedir la acción coactiva de los oficiales públicos de cierto sistema jurídico en un cierto dominio —esto ocurre tanto si actúan como autoridades legisladoras o como aplicadoras del derecho— y causa su falta de competencia para producir cualquier tipo de norma que sea incompatible con el patrón de comportamiento que está permitido. Por supuesto, éste es el caso sólo en una dirección arriba-abajo, y no abajo-arriba: la competencia del soberano (en un sentido benthamiano), el nivel más alto del sistema jurídico, no está de ningún modo limitada por una permisión que haya sido emitida desde un nivel inferior. El soberano puede cambiar su parecer y derogar la permisión expresa. Más aún, este fenómeno —que podemos llamar «una pantalla de competencia»— tiene lugar sólo en dirección arriba-abajo, y no horizontalmente (BENTHAM, 1970: cap. 2). La misma autoridad es libre de cambiar su parecer y, por ejemplo, decir en un cierto tiempo t_1 que p está permitido y luego, en un tiempo t_2 , anular su decisión anunciando que p está prohibido.

2.3. Consecuencias lógicas v. implicaturas convencionales

Es muy extraño que en la CE, de acuerdo con A&B, tengan que darse todas las consecuencias lógicas de ciertas órdenes o de un conjunto de órdenes. Si nuestro

¹⁹ Vid. apdo. 2.1.1, *supra*.

²⁰ Una forma de resolver el problema (la carencia de una lógica pragmática para la CE) puede ser encontrada en los trabajos de Carlo DALLA POZZA. El autor se esfuerza por proveer una lógica de estas características con el uso de conectivas parciales y con una combinación de lógica intuicionista y clásica. De esta manera, crea una lógica formal expresiva para los actos ilocutorios —es decir, para la CE—. Cfr. DALLA POZZA, 2008: 1-4.

objetivo es proveer una reconstrucción del discurso jurídico, entonces esta idea fracasa. Lo que en realidad sucede en el discurso jurídico es que los participantes identifican las consecuencias relevantes (no todas las consecuencias) y, también, los contenidos normativos pueden ser representados como formas de implicaturas (convencionales, no conversacionales)²¹. Podemos definir una implicatura como cualquier cosa que es inferida de un proferimiento sin ser una condición de verdad de ese enunciado (GAZDAR, 1979: 49-50). La implicatura incluye «todos los tipos de inferencia pragmática (no sujeta a valores de verdad) discernibles» (LEVINSON, 1983: 127)*. Hay varios tipos de implicaturas. Una implicatura convencional²² es todo tipo de inferencia no sujeta a valores de verdad, que a pesar de no ser parte de *lo que es dicho* (por ejemplo, significado literal), está «adjunto» a lo que es dicho por mera convención (LEVINSON, 1983: 127 y GRICE, 1961: 121 y ss.). Esto es algo más que una implicatura conversacional, pero algo menos que una consecuencia lógica. Desde un punto de vista pragmático, este concepto puede usarse para describir qué es lo que acontece en el discurso jurídico, siendo la mayor parte del tiempo el adjunto de *significados no-literales* de enunciados jurídicos en concordancia con reglas convencionales de adscripción que están en vigencia en las culturas jurídicas en general. Estas reglas no son ni más ni menos que los bien conocidos argumentos interpretativos. Quizá esta forma de expresar el asunto puede ser considerada nueva, incluso un poco oscura, para la filosofía del derecho, pero éste no es el caso en el estudio de la pragmática, donde el concepto de implicatura se ha utilizado mucho desde la década de 1960. Por supuesto, la noción de implicatura debe ser modificada, ya que la mayor parte del discurso jurídico no puede ser definido en términos de valores de verdad. Pero una reformulación de esta noción excede los fines del presente trabajo.

Más aún, no es del todo claro si, para A&B, uno tiene que identificar todas las consecuencias lógicas de un conjunto o sólo «las necesarias» para cumplir una obligación. Hay también un segundo problema. No es claro si un sistema normativo para la CH está compuesto de todas las consecuencias lógicas de las normas promulgadas, o sólo de aquellas consecuencias lógicas que resultan ser reglas técnicas (ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1984: 456-457)²³.

²¹ Las implicancias conversacionales carecen de la relevancia de las implicancias convencionales en el discurso jurídico. Usualmente, las máximas cooperativas no se aplican en el derecho porque están estructuradas como herramientas para regir sólo un discurso indicativo y cooperativo, y no uno directivo y no cooperativo. De hecho, el discurso jurídico busca influenciar personas para satisfacer algún tipo de intereses personales, estableciendo un patrón de comportamiento —esto es lo mismo que decir que está compuesto por directivas usadas en función directiva—. Más aún, el concepto de implicancia conversacional está basado en otros dos elementos: la idea de intención comunicativa individual y la noción de un concepto preciso de emisión. Podemos ver fácilmente que es bastante difícil usar este concepto para una explicación rentable del discurso jurídico, donde las intenciones individuales son irrelevantes y donde no hay un contexto concreto de emisión.

* *N. de la T.*: Traducción propia al castellano.

²² De un modo más técnico, podemos decir que las implicancias conversacionales se están burlando o explotando a las máximas conversacionales: estas descartan interpretaciones literales de los enunciados.

²³ Un tercer problema sería establecer la relación, si hay alguna, entre esos dos conceptos (reglas técnicas y consecuencias lógicas).

2.4. «Platón ex machina» o la hipóstasis de la concepción hilética

A pesar de las objeciones de A&B, en perspectiva la CH es en su mayor parte metafísica o platónica (ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1984).

Como señala GUASTINI:

La concepción semántica [hilética] tiene, a su vez, al proceso de creación de normas como su objeto, pero no tiene nada que decir sobre el proceso en sí mismo. Esto no es meramente un descuido trivial. En vez de ello, depende del hecho de que esta concepción está acompañada de la —contingente— (y exquisitamente metafísica) idea de que los significados son entidades abstractas cuya existencia es completamente independiente de los enunciados que los expresan: por tanto, los significados no son productos del proceso de creación de normas, dado que estos ya existen independientemente de cualquier proceso (GUASTINI, 2013: 140-141)*.

La noción de existencia usada por A&B colisiona contra nuestras intuiciones de sentido común. Es una noción contraintuitiva y bastante peculiar, que parece depender de un cognitivismo normativo implícito. En esta concepción, pareciera que la existencia de las normas no depende de las acciones humanas, esto es, de hechos empíricos. Más bien, aparentemente existen «por ahí». Puede concederse que ésta es una explicación claramente no-positivista de la existencia de las normas, algo que es muy extraño para A&B y muy lejano a las explicaciones aceptadas sobre la existencia de las normas en el pensamiento jurídico actual²⁴.

Esta concepción de las normas, como independientes del lenguaje, carece de cualquier relevancia para las ciencias sociales descriptivas, desde que la existencia de las normas no depende de ningún fenómeno observable. Como señala ROSS:

Una directiva es el contenido significativo de ciertas construcciones lingüísticas; es, en consecuencia, una abstracción que carece de existencia independiente, y existe sólo en virtud de las construcciones lingüísticas que la expresan. Si ahora modificamos nuestra definición [o la de A&B, para el caso] y concebimos a la directiva como una construcción lingüística, que tiene un significado directivo, puede decirse que existe como un fenómeno lingüístico-gramatical (ROSS, 1968: 80)²⁵.

Incluso en las construcciones ontológicas con un espacio considerable para conceptos puramente abstractos que resultan ser considerados «reales», como la Ontología de los Tres Mundos de POPPER, los conceptos (el significado de una obra, normas y reglas, teorías científicas, etc.) son entendidos como dependientes del lenguaje, dado que esos conceptos son producto de mentes humanas (objetos reales y físicos del Mundo 1 en la ontología de POPPER), que son creados por medio de estados mentales (Mundo 2) usando el lenguaje. Todos los conceptos abstractos (objetos del Mundo 3)

* N. de la T.: Las partes entre corchetes y la traducción al castellano son propias.

²⁴ La falta de un consenso estable parece ser una de las marcas registradas de la teoría jurídica, con la excepción de la explicación de la existencia de las normas recién mencionada arriba. Autores de las tradiciones más variadas (incluso aquellos bastante lejanos al positivismo jurídico como ALEXY, DWORKIN, e incluso un iusnaturalista como FINNIS) concuerdan en el hecho de que las normas son entidades dependientes del lenguaje y que son creadas por acción humana.

²⁵ «A directive is the meaning content of certain linguistic constructions; it is, consequently, an abstraction which lacks independent existence, and exist only in virtue of the linguistics constructions which express it. If we now modified our definition [or A&Bs for that matter] and took a directive to be a linguistic construction, which has directive meaning, it could be said to exist as a grammatical-linguistic phenomenon».

son considerados reales dado que son el producto del uso del lenguaje, debido al hecho de que son (o, mejor aún, deben ser) dependientes del lenguaje. Ésta es la base para la realidad de los conceptos para tal ontología: los conceptos fácticos son producto de procesos de trabajo (estados mentales, lenguaje, del Mundo 2) de *cosas físicas* (cerebros humanos, objetos del Mundo 1) (POPPER y ECCLES, 1977: cap. 2).

Si las normas son independientes del lenguaje, entonces, ¿de dónde vienen? Deben existir en otro lugar y deben estar esperando a que algún legislador agudo las descubra. Si éste es el caso, entonces las normas no son el significado de formulaciones normativas, son simplemente significados, significados abstractos e incorpóreos que residen en algún mundo platónico implícito de formas e ideas. Si este fuera el caso, entonces *las normas deberían ser verdaderas formas o ideas en un sentido platónico* y, entonces, sujetas a representaciones más o menos veraces por parte de legisladores humanos imperfectos elaborando formulaciones normativas en un intento un tanto desesperado de reflejar la verdadera forma o idea de las normas. Esto también podría sostenerse para la interpretación de dichas formulaciones normativas por parte de jueces. Pero, incluso más importante: *las normas no serían postulados humanos*²⁶. Su existencia precedería su propia legislación. Las Constituciones, leyes, incluso las costumbres, toda clase de fuentes legales no serían fuentes legales en absoluto. Los legisladores sólo postularían textos, sin ningún tipo de intención de su parte en cuanto a lo que desean lograr a través de tales textos, con la sola y única excepción de algún tipo de representación más o menos veraz de algo «allá afuera». Lo mismo vale para la adjudicación: los jueces sólo se dedicarían a una empresa de descubrimiento de la forma o idea que la formulación normativa trata de representar. La oración únicamente sería una representación de algo contenido en esa forma o idea, que es la verdadera norma; no puede ser una decisión. Esto es inaceptable, no sólo para nosotros sino también para A&B. Más aún, esta concepción es demasiado cercana a la curiosa concepción del derecho de Carlos COSSIO, que afirma que las normas no pueden ser creadas por legisladores humanos, lo cual es un absurdo (COSSIO, 1963: 18-19)²⁷. Incluso los juristas iusnaturalistas dejan un poco de espacio para la *creación humana de normas*. Esta concepción de las normas como independientes del lenguaje es la antítesis del positivismo jurídico y debe abandonarse si uno desea permanecer dentro de este programa de investigación del discurso jurídico. Por otra parte, abandonar esta concepción no dañaría la CH *en absoluto*. Uno sólo puede asumir que esto fue debido a un ligero descuido por parte de A&B, porque el resto de sus trabajos están claramente dentro del marco teórico del positivismo jurídico.

(Traducción de Julieta A. Rábanos)

²⁶ Como ya se señaló en la nota 21, incluso las explicaciones no-positivistas de la creación de normas dejan espacio para la acción humana en la elaboración de las normas positivas —entendida como un acto de creación real, y no sólo un acto de reflexión de algún significado independiente del lenguaje—. Tal es, por ejemplo, el caso de la teoría clásica iusnaturalista (AQUINO, PUFFENDORF, GROCCIO) respecto a la cuestión de la «ley positiva» —considerada como la ley creada por humanos— y la «ley eterna», «ley natural» y «ley divina» —considerada como ley no creada por humanos y aprehendida por observación y revelación—. Para un buen análisis y reconstrucción de las características de la teoría iusnaturalista, *vid.* OLIVECRONA, 1971: 7-50.

²⁷ Es cierto que la posición de A&B no está ni siquiera cerca de este nivel de delirio metafísico, pero respecto del problema del significado como una entidad independiente del lenguaje, su posición es no obstante un tanto cercana a ésta.

BIBLIOGRAFÍA

- ALCHOURRÓN, C., 1969: «Logic of Norms and Logic of Normative Propositions», *Logique e Analyse*: 245 y ss.
- 1971: *Normative Systems*; Vienna: Springer-Verlag.
- 1981: «The Expressive Conception of Norms», *New Studies in Deontic Logic* (ed. Risto Hilpinen): 95-124.
- 1984: «Pragmatic Foundation for the Logic of Norms», *Rechtstheorie*, 15: 453-464.
- 1991: *Análisis Lógico y Derecho*; Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- BENTHAM, J., 1970: *Of Laws in General* (ed. H. L. A. HART); London: The Athlone Press.
- BOGHOSSIAN, P., 2002: «Seeking the Real», *Philosophical Studies*, 108 (N.1/2): 223-228.
- BUSSEY, K., 1992: «Lying and Truthfulness: Children's Definitions, Standards and Evaluative Reactions», *Child Development*, 63: 129-137.
- CARACCILO, R., 1993: «Entrevista a Eugenio Bulygin», *Doxa*, 14: 499-513.
- COSSIO, C., 1963: *La Teoría Egológica del Derecho. Su Problema y sus Problemas*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- DALLA POZZA, C., 2008: «A Pragmatic Logic for the Expressive Conception of Norms and Values and the Frege-Geach Problem». El artículo puede ser encontrado en <https://unisalento.academia.edu/CarloDallaPozza> (último acceso 27 de enero de 2013).
- GAZDAR, G., 1979: *Pragmatics: Implicature, Presupposition, and Logical Form*, New York: Academic Press Inc.
- GRICE, H. P., 1961: «The Casual Theory of Perception», *Proceedings of the Aristotelian Society*, XXXV: 121-152.
- GUASTINI, R., 2011a: *La Sintassi del Diritto*, Torino: Giappicheli.
- 2011b: *Interpretare e Argomentare*, Milano: Giuffrè.
- 2013: *Distinguendo Ancora*, Madrid: Marcial Pons.
- JØRGENSEN, J., 1937-1938: «Imperatives and Logic», *Erkenntnis*, 7: 288-296.
- KELSEN, H., 1973: «Derogation», *Essays in Legal and Moral Philosophy* (ed. O. WEINBERGER): 261-275.
- 1979: *General Theory of Norms*, Oxford: Oxford University Press.
- LEVINSON, S., 1983: *Pragmatics*, Cambridge: Cambridge University Press.
- MACKIE, J. L., 1977: *Ethics: Inventing Right and Wrong*, London: Penguin.
- MUFFATO, N., 2007: *La semantica delle norme*, Genoa: Ecig.
- 2010: *Norme e discorsi su norme*, Roma: Aracne.
- OLIVECRONA, K., 1939: *Law as Fact - 1nd Edition*, Copenhagen: Einar Munksgaard.
- 1971: *Law as Fact - 2nd Edition*, London: Stevens and Sons.
- PIAGET, J., 1932: *Le jugement moral chez l'enfant*, Paris: Alcan.
- POGGI, FRANCESCA, 2012: «Contextualism, but Not Enough», *Revus*, 17: 55-65. El artículo puede ser encontrado en <http://revus.revues.org/2214> (último acceso 27 de enero de 2013).
- POPPER, K., y ECCLES, J., 1977: *The Self and its Brain - An Argument for Interactionism*, Berlin: Springer-Verlag. Reimpreso por Routledge, London & New York, 1986-2006.
- REICHENBACH, H., 1947: *Elements of Symbolic Logic*, New York: Dover Punbs, 1980.
- ROSS, ALF, 1968: *Directives and Norms*, London: Routledge & Keagan Paul.
- SBISÀ, M., 2006: «Speech Acts Without Propositions?», *Grazer Philosophische Studien*, 72: 155-178.
- SEARLE, J., 1969: *Speech Acts: An Essay in the Philosophy of Language*, Princeton: Cambridge University Press.

- WEINBERGER, O., 1985a: «The Expressive Conception of Norms - An Impasse for the Logic of Norms», *Law and Philosophy*, 4: 165-198.
- 1985b: «On the Meaning of Norm Sentences, Normative Inconsistency, and Normative Entailment. A Reply to Carlos E. Alchourron and Eugenio Bulygin», *Law and Philosophy*, 4: 465-475.

EN DEFENSA DE LA CONCEPCIÓN EXPRESIVA DE LAS NORMAS*

Andrej Kristan**

*Universidad de Girona
Universidad de Génova*

RESUMEN. Frente a tres décadas de objeciones a la concepción expresiva de las normas, tal como fue presentada por ALCHOURRÓN y BULYGIN, el autor de este trabajo pretende demostrar, primero, que un expresivista que asumiera la propuesta de los dos maestros argentinos puede dar cuenta de los estados de cosas facultativos sin introducir incoherencias dentro del sistema normativo; segundo, que también puede describir con éxito el contenido proposicional de una metarregla sin dar contenido semántico al indicador de fuerza (normativa) de la regla-objeto; y tercero, que puede dar cuenta de una clausura permisiva aun cuando niegue la autonomía conceptual de los actos de permisión. A partir de estas demostraciones, el trabajo cierra sugiriendo una solución para una adecuada representación expresivista de las normas condicionales.

Palabras clave: teoría lógica de los sistemas normativos, reglas de preferencia, clausura permisiva, metarreglas, normas condicionales.

In defence of the expressive conception of norms

ABSTRACT. Against three decades of objections made to the expressive conception of norms as presented by ALCHOURRÓN and BULYGIN, the author of this paper purports to demonstrate, first, that their Expressivist accounts for facultative states of affairs without introducing inconsistencies into the normative system; second, that she can successfully describe the propositional content of a meta-rule without semanticizing the indicator of (normative) force of the object-rules; and third, that she can give an account of permissive closure even if she does not grant conceptual autonomy of acts of permitting. On the basis of these demonstrations, the author closes the paper with a suggestive solution for an adequate expressivist representation of conditional norms.

Keywords: logical theory of normative systems, rules of preference, permissive closure, meta-rules, conditional norms.

* Fecha de recepción: 31 de marzo de 2014. Fecha de aceptación: 22 de septiembre de 2014.

** Ante todo, quiero agradecer a Sebastián FIGUEROA RUBIO por su amable traducción de la penúltima versión de mi trabajo y a Beatriz PÉREZ-JUSTE VALERO y Diego DEI VECCHI por sus valiosas correcciones del texto final. Eventuales errores son míos.

1. LA APUESTA

El objetivo de «La concepción expresiva de las normas» (1981/1991a), escrito por ALCHOURRÓN y BULYGIN, era el de «explorar [las] posibilidades [de la concepción expresiva] para poner de manifiesto sus limitaciones y para mostrar de esta manera las diferencias» entre las concepciones hilética (o semántica) y la expresiva (o pragmática). Al final de su trabajo, llegan a la conclusión de que «las mismas distinciones conceptuales aparecen en ambas concepciones aunque —por supuesto— expresadas en lenguajes diferentes» (1991a: 127). Desde dicha publicación han surgido fuertes objeciones contra esta afirmación. En este trabajo me propongo revisar algunas de estas objeciones, tratando de afrontarlas desde los zapatos de un expresivista.

Específicamente consideraremos cinco objeciones¹. En primer lugar se ha argumentado que la concepción expresiva, tal y como la construyen ALCHOURRÓN y BULYGIN, no puede dar cuenta de las permisiones fuertes o, al menos, de los estados de cosas facultativos (§ 2), sin introducir una contradicción dentro del sistema normativo (§ 3). Alternativamente, continúa el argumento, un expresivista que asuma esta posición tal como ellos la presentan no puede describir satisfactoriamente el contenido proposicional de las reglas de preferencia que se utilizan para resolver los conflictos de ambivalencia sin dotar de contenido semántico al indicador de fuerza elocutiva (normativa) (§ 4). Esto último supondría asumir una concepción hilética. Por último, se ha señalado que un expresivista a la manera de ALCHOURRÓN y BULYGIN (1981/1991a) no puede dar cuenta de una regla de clausura permisiva si no asume antes que permitir es un acto normativo especial, diferente (y no reducible) al de ordenar, e incluso que no puede representar adecuadamente las normas condicionales (§ 5). En este artículo, sin embargo, intentaré demostrar lo contrario². En los siguientes dos apartados espero aclarar, primero, la posición de los autores argentinos, proponiendo meramente unas formalizaciones de su concepción. La mayor parte de las definiciones introducidas allí no se utilizarán en los últimos dos apartados, donde propondré un posible desarrollo de la concepción expresiva. Esas definiciones servirán más bien para evitar la confusión y el mal entendimiento que, en mi opinión, explican en gran medida las objeciones mencionadas en el párrafo precedente.

2. LAS DISTINCIONES FUNDAMENTALES

Las dos grandes concepciones de las normas mencionadas en la introducción se parecen en cuanto ambas suponen que las «oraciones normativas» pueden ser analiza-

¹ Estas críticas se pueden encontrar en WEINBERGER, 1985 y 1986; NAVARRO y REDONDO, 1990a y 1990b; CALZETTA y SARDO, 2014. *Vid.* también en ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1991: xxvii, quienes concedieron un punto importante a WEINBERGER: la incapacidad del expresivista para ofrecer una reconstrucción satisfactoria de las normas condicionales en la lógica de proposiciones normativas. Se puede consultar CARACCILO, 1993: 507, para una mejor explicación de este punto.

² Supongo que el lector estará familiarizado con las notaciones de la lógica clásica y de la teoría axiomática de conjuntos. Las notaciones en este trabajo seguirán el estándar ISO 31-11 (con la adición de \Leftrightarrow para el conector bicondicional). Asumiremos todo el inventario habitual de la lógica clásica y de la teoría axiomática de conjuntos (si no se indica lo contrario), más tres axiomas que se introducirán más adelante.

das en *a*) un componente descriptivo, de aquí en adelante llamado también el «contenido proposicional», que es la descripción de una acción o estado de cosas resultante de una acción, y *b*) el operador normativo. Las dos concepciones divergen en cómo analizan a este último elemento prescriptivo³.

La *concepción hilética* considera al operador normativo

como un signo en su *capacidad semántica*, de modo que este operador contribuye al significado semántico de las oraciones normativas, en cuyo caso una norma resulta ser el significado semántico de una oración normativa, de la misma manera como cabe decir de una proposición que es el significado (sentido) de una oración descriptiva⁴.

Así, una proposición descriptiva *p* y un operador normativo «O» (para obligatorio), «Ph» (para prohibido) o «P» (para permitido) pertenecen ambos al contenido conceptual de la norma⁵.

La *concepción expresiva*, por otro lado, estima que el operador normativo

es un signo en *capacidad pragmática*, que no tiene ningún significado semántico y no forma parte del contenido conceptual de la oración normativa⁶.

Las normas, como tales, son actos del habla y no pueden ser negadas o formar combinaciones con la ayuda de los conectores proposicionales⁷. A los fines de una teoría lógica de los sistemas de normas, la fuerza elocutiva de una norma ha de ser representada, entonces, por medio de la pertenencia de su componente descriptivo a un conjunto.

Basado en este enfoque de la teoría de conjuntos, introducido por ALCHOURRÓN y BULYGIN (1981/1991a), un expresivista puede dar cuenta de las distinciones entre lo obligatorio, lo prohibido y lo permitido (ya sea de forma débil o fuerte). He aquí lo que apuntan al respecto:

«*p* es obligatorio en *A*» es verdadera si y sólo si, *p* pertenece al sistema [normativo] $Cn(A)$, es decir, si, y sólo si, *p* pertenece a las consecuencias de *A*. Esto significa que *p* es obligatorio en *A* si, y sólo si, *p* ha sido ordenado o es consecuencia de las proposiciones ordenadas. En este último caso decimos que [...] *p* es una *obligación derivada*⁸.

Dado que el conjunto ordenado *A* es, por definición, un subconjunto de $Cn(A)$:

Def. 1 $A \subseteq Cn(A)$

su expresivista (de aquí en adelante: *nuestro* expresivista) puede distinguir las obligaciones derivadas de las explícitas, debido a que las primeras sólo figuran como miembros del conjunto $Cn(A)$, mientras que las segundas figuran como miembros de ambos conjuntos, de la base axiomática *A* y del sistema normativo $Cn(A)$. Aunque una norma puede pertenecer a ambos conjuntos, los conceptos de norma derivada y de norma explícita se excluyen mutuamente:

Def. 2 *Obligación* (O):

$\forall p (O_A(p) \Leftrightarrow p \in Cn(A)).$

³ Vid. ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1991a: 122-124; y 1991b: 156.

⁴ ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1991b: 156. He omitido una nota a pie de página.

⁵ ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1991a: 123.

⁶ ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1991b: 156. He omitido una nota a pie de página.

⁷ *Ibid.*, 157.

⁸ ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1991a: 129. *Los corchetes son míos*. La identificación de la base axiomática del sistema con el conjunto *A*, y del sistema normativo con el conjunto $Cn(A)$ se realiza en la misma página.

Para todo p , « p es obligatorio en A » es verdadera si, y sólo si, p pertenece al conjunto $Cn(A)$.

Def. 3 *Obligación explícita (O)*:

$$\forall p (\mathbf{O}_A(p) \Leftrightarrow p \in A).$$

Para todo p , « p es explícitamente obligatorio en A » es verdadera si, y sólo si, p pertenece al conjunto A .

Def. 4 *Obligación derivada (O)*:

$$\forall p (\mathbf{O}_A(p) \Leftrightarrow p \in Cn(A) \wedge p \notin A).$$

Para todo p , « p es implícitamente obligatorio en A » es verdadera si, y sólo si, p pertenece al conjunto $Cn(A)$ y no pertenece al subconjunto A .

De la misma forma, nuestro expresivista puede definir los conceptos de prohibición y permisión para proposiciones normativas (o estados de cosas).

Así, una proposición (o estado de cosas) p está prohibida en A si, y sólo si, su negación (o $\text{no-}p$) ha sido ordenada explícitamente o es una prohibición derivada, esto es, se trata de una consecuencia de las proposiciones que han sido ordenadas. Se puede formular lo mismo en términos de conjuntos: « p está prohibido en A [si, y sólo si,] la negación de p ($\text{no-}p$) pertenece al sistema [normativo] $Cn(A)$ »⁹, o tanto al sistema normativo $Cn(A)$ como a su base axiomática, el conjunto ordenado A .

De esta forma, tal como en el caso de las obligaciones, nuestro expresivista puede distinguir las prohibiciones derivadas de las explícitas debido a que las *prohibiciones derivadas* figuran solamente como miembros del conjunto $Cn(A)$, mientras que las *prohibiciones explícitas* figuran como miembros de ambos conjuntos, de la base axiomática A y del sistema normativo $Cn(A)$:

Def. 5 *Prohibición (Ph)*:

$$\forall p (\mathbf{Ph}_A(p) \Leftrightarrow \text{no-}p \in Cn(A)).$$

Para todo p , « p está prohibido en A » es verdadera si, y sólo si, $\text{no-}p$ pertenece al conjunto $Cn(A)$.

Def. 6 *Prohibición explícita (Ph)*:

$$\forall p (\mathbf{Ph}_A(p) \Leftrightarrow \text{no-}p \in A).$$

Para todo p , « p está explícitamente prohibido en A » es verdadera si, y sólo si, $\text{no-}p$ pertenece al conjunto A .

Def. 7 *Prohibición derivada (Ph)*:

$$\forall p (\mathbf{Ph}_A(p) \Leftrightarrow \text{no-}p \in Cn(A) \wedge \text{no-}p \notin A).$$

Para todo p , « p está implícitamente prohibido en A » es verdadera si, y sólo si, $\text{no-}p$ pertenece al conjunto $Cn(A)$ y no pertenece al subconjunto A .

Una proposición (o estado de cosas) p está permitida en A si, y sólo si, su negación ($\text{no-}p$) no ha sido explícitamente ordenada y no es una prohibición derivada, esto es, si no se trata de una consecuencia de las proposiciones que han sido ordenadas. En términos de teoría de conjuntos: p está permitido en A si, y sólo si, «la negación de p ($\text{no-}p$) no pertenece al sistema [normativo] $Cn(A)$ »¹⁰. Una fórmula puede ser la siguiente:

⁹ ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1991a: 131.

¹⁰ *Ibid.*

Def. 8 *Permiso (P)*:

$$\forall p (P_A(p) \Leftrightarrow \text{no-}p \notin \text{Cn}(A)).$$

Para todo p , « p está permitido en A » es verdadera si, y sólo si, $\text{no-}p$ no pertenece al conjunto $\text{Cn}(A)$.

Esto es válido tanto para los permisos débiles o negativos como para los fuertes o positivos (dado que las condiciones suficientes para la existencia de los primeros son condiciones necesarias para la de los segundos), pero no nos permite distinguir entre ellos. ¿Cómo podría el expresivista de ALCHOURRÓN y BULYGIN (1981/1991) distinguir entre ambos? Tal y como veremos a continuación, los autores enfrentan la cuestión directamente¹¹.

Digamos que Rex permite p al decir: «¡Permito que se haga p !» Nuestro expresivista puede analizar este acto del habla (al menos) de dos modos¹². Puede describirlo como: *a*) el acto de rechazo de $\text{no-}p$ o como *b*) el acto de permitir p . Llamaré a la primera una reducción ockhamita y a la segunda un análisis moritziano¹³. En cualquiera de los casos, la proposición rechazada o permitida no puede ser incluida en el conjunto ordenado A , por dos razones obvias¹⁴: i) primero, no podríamos distinguir los estados de cosas permitidos de los prohibidos si nuestra disposición es la de ponerlos todos juntos en un mismo conjunto, y ii) segundo, no haríamos más que introducir proposiciones contradictorias dentro del sistema normativo.

Para evitar estos problemas, ALCHOURRÓN y BULYGIN (1981/1991) proponen formar conjuntos separados: el *derogandum* o conjunto rechazado D en el primer caso, y el conjunto permitido P en el segundo¹⁵.

Un expresivista moritziano puede distinguir las proposiciones (o estados de cosas) fuertemente permitidas de las permitidas de forma débil en función de que solamente las primeras figuran como miembros del conjunto permitido P :

Def. 9 *Permiso fuerte (P)*:

$$\forall p (P_A(p) \Leftrightarrow p \in P).$$

Para todo p , « p está permitido de forma fuerte en A » es verdadera si, y sólo si, p forma parte del conjunto permitido P .

Def. 10 *Permiso débil (P)*:

$$\forall p (P_A(p) \Leftrightarrow \text{no-}p \notin \text{Cn}(A) \wedge p \notin P).$$

Para todo p , « p está permitido de forma débil en A » es verdadera si, y sólo si, $\text{no-}p$ no pertenece al conjunto $\text{Cn}(A)$ y p no forma parte del conjunto P .

Desde la alternativa ockhamita se puede distinguir entre proposiciones (o estados de cosas) positivamente permitidas y aquellas negativamente permitidas debido a que solamente las negaciones de las primeras figuran como miembros del *derogandum*:

¹¹ ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1991a: 131 y ss; 146 y ss.

¹² *Ibid.*, 146.

¹³ MORITZ (1963) es el expresivista que admitió explícitamente que la naturaleza del acto del habla de permitir es diferente a la del de ordenar. Consecuentemente, admitió dos tipos de normas: normas imperativas (que establecen obligaciones y prohibiciones) y permisivas (que confieren poderes y permisos). El nombre de OCKHAM, por otra parte, sirve aquí para aludir al principio de parsimonia utilizado en la resolución de problemas (también conocido como *la navaja de Ockham*).

¹⁴ Respecto al acto de rechazo, *vid.* ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1991a: 132, para el de permisión ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1991a: 148.

¹⁵ *Ibid.*, 137 y 148.

Def. 11 *Permiso positivo* (+P):

$$\forall p (+P_A(p) \Leftrightarrow \text{no-}p \in D).$$

Para todo p , « p está permitido de forma positiva en A » es verdadera si, y sólo si, $\text{no-}p$ forma parte del conjunto rechazado D .

Def. 12 *Permiso negativo* (-P):

$$\forall p (-P_A(p) \Leftrightarrow \text{no-}p \notin \text{Cn}(A) \wedge \text{no-}p \notin D).$$

Para todo p , « p está permitido de forma negativa en A » es verdadera si, y sólo si, $\text{no-}p$ no pertenece ni al conjunto $\text{Cn}(A)$ ni al conjunto rechazado D .

Considerando cuanto se ha dicho, se pueden encontrar todas las distinciones fundamentales (obligaciones explícitas y derivadas, prohibiciones explícitas y derivadas, permisos débiles y fuertes) explicadas dentro de la concepción expresiva de las normas. QED¹⁶.

3. FACULTATIVIDAD SIN CONTRADICCIÓN DENTRO DEL SISTEMA

El hecho de trabajar con diferentes conjuntos (el conjunto ordenado A por una parte, y el conjunto permitido P , y/o el *derogandum* D , por otra) nos protege de las contradicciones en caso de que haya estados de cosas facultativos. Esto puede demostrarse respondiendo a la siguiente pregunta: ¿qué efectos produce un acto de rechazo en el sistema normativo $\text{Cn}(A)$?¹⁷ o, alternativamente¹⁸: ¿qué ocurre con p como resultado de haber sido permitido? Trabajaremos con dos ejemplos.

3.1. Supongamos que Rex había ya dicho en una ocasión: «¡Por la presente, les permito fumar!» y que p representa la proposición <vosotros, fumar>. Podemos describir el acto de Rex como el acto de rechazo de $\text{no-}p$. Esto es una reducción ockhamita. Si $\text{no-}p$ no es un miembro del sistema normativo $\text{Cn}(A)$ (fumar no ha sido explícitamente prohibido ni la prohibición de fumar es una consecuencia de otras proposiciones ordenadas), entonces $\text{Cn}(A)$ se mantiene inalterado. Por otro lado, si $\text{no-}p$ fuese promulgada posteriormente, o si fuese una consecuencia de alguna proposición ordenada en el futuro, este hecho podría dar lugar a un «conflicto de ambivalencia» entre $\text{Cn}(A)$ y D ¹⁹, que es un caso especial de lo que yo llamaría un conflicto de no-cosostenibilidad:

Def. 13 $\exists x (x \in \text{Cn}(A) \wedge x \in D)$.

Existe al menos un x tal que x pertenece al conjunto $\text{Cn}(A)$ y x también pertenece al conjunto D .

Def. 14 $\text{Cn}(A) \cap D = \{x \mid x \in \text{Cn}(A) \wedge x \in D\} \neq \{\emptyset\}$.

La intersección de $\text{Cn}(A)$ con D no es un conjunto vacío.

Def. 15 $\text{Cn}(A) \setminus D = \{x \mid x \in \text{Cn}(A) \wedge x \notin D\} \neq \text{Cn}(A)$.

La diferencia entre $\text{Cn}(A)$ y D —esto es, el conjunto de elementos que pertenecen a $\text{Cn}(A)$ pero no a D — no es igual a $\text{Cn}(A)$.

¹⁶ Lat. *Quod erat demonstrandum* (esp. lo que se quería demostrar).

¹⁷ ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1991a: 138.

¹⁸ *Ibid.*, 148.

¹⁹ *Ibid.*, 136 y 138.

Si deseamos un sistema normativo capaz de guiar la conducta efectivamente, es necesario que los conflictos de este tipo sean resueltos por medio de la aplicación de alguna regla de preferencia²⁰, del mismo modo en que es necesario resolver el conflicto que acaece cuando es rechazada explícitamente una proposición que es miembro del sistema normativo $Cn(A)$.

Si la proposición explícitamente rechazada $no-p$ es un miembro del sistema normativo $Cn(A)$ —esto es, si fumar ha sido prohibido, ya sea explícitamente, ya sea como consecuencia de otra proposición explícitamente ordenada posterior a que Rex dijese que «¡Por la presente, les permito fumar!»—, entonces estamos ante un conflicto de ambivalencia y necesitamos una regla de preferencia para resolverlo. Si el conflicto se resuelve en favor del rechazo, entonces la proposición $no-p$ debe ser eliminada por sustracción tanto del conjunto ordenado A como del sistema normativo $Cn(A)$. Dicha sustracción, hace la proposición $O_A(no-p)$ falsa. Si el conflicto es resuelto en favor de la promulgación, entonces la proposición $no-p$ debe ser sustraída del conjunto rechazado D .

En el análisis alternativo de «¡Por la presente, les permito fumar!» (el moritziano), podemos describir este acto de Rex como un acto de permitir. La proposición explícitamente permitida p se agrega al conjunto permitido P y aparece otro conflicto de no-cosostenibilidad entre $Cn(A)$ y P (levemente diferente al de la ambivalencia entre $Cn(A)$ y D):

Def. 16 $\exists x (x \in Cn(A) \wedge no-x \in P)$.

Existe al menos un x tal que x pertenece al conjunto $Cn(A)$ y $no-x$ pertenece al conjunto P .

Def. 17 $Cn(A) \cap \{x \mid no-x \in P\} = \{x \mid x \in Cn(A) \wedge no-x \in P\} \neq \{\emptyset\}$.

La intersección de $Cn(A)$ con el conjunto de negaciones de los elementos de P no es un conjunto vacío.

Def. 18 $\{x \mid x \in Cn(A) \wedge no-x \notin P\} \neq Cn(A)$.

El conjunto de elementos de $Cn(A)$ y las negaciones de lo que no pertenece a P no es $Cn(A)$.

Para resolver dicho conflicto ALCHOURRÓN y BULYGIN (1981/1991) nos invitan a aplicar las reglas de preferencia y, con ello, a sustraer p del conjunto P —si se da preferencia a la prohibición— o la negación de p de los conjuntos A y $Cn(A)$ —si se prefiere a la permisión—²¹. A este respecto, la permisión de p da lugar a la misma operación que el rechazo de $no-p$.

3.2. Supongamos que Rex también dice: «¡Por la presente, les permito no fumar!». Esto es, existen dos pronunciamientos de autoridad: «¡Por la presente, les permito fumar!» y «¡Por la presente, les permito no fumar!». Siguiendo a WEINBERGER (1985), algunos temen que esto pueda introducir una contradicción en el sistema normativo $Cn(A)$ ²². Pero, si seguimos a ALCHOURRÓN y BULYGIN (1981/1991) no hay razón alguna para temerlo.

²⁰ *Ibid.*, 136.

²¹ *Ibid.*, 148.

²² *Vid.* WEINBERGER, 1985: 173 y ss., y, recientemente, CALZETTA y SARDO, 2014: párr. 2.1.1.

Como resultado del segundo pronunciamiento de Rex, el expresivista de ALCHOURRÓN y BULYGIN (1981/1991) añadirá p al *derogandum* D o $\text{no-}p$ al conjunto permitido P . En el primer análisis, encontramos ahora en el *derogandum* D tanto $\text{no-}p$ (debido al primer acto normativo de Rex) como p (debido al segundo acto normativo de Rex); sin embargo, ni p ni $\text{no-}p$ pertenecerán al sistema normativo $\text{Cn}(A)$. Dentro del segundo análisis, el conjunto permitido P se compone de dos elementos: p y $\text{no-}p$ y, de nuevo, ninguno de los dos elementos es parte del sistema normativo $\text{Cn}(A)$. Siguiendo ambos caminos, el mero hecho de que tanto fumar como no fumar esté permitido en el reino de Rex no genera una contradicción en el sistema normativo $\text{Cn}(A)$ tal como lo describe nuestro expresivista²³. QED.

Ahora bien, algunos quizás opinarán que mi respuesta no logra el objetivo porque seguimos teniendo a p y $\text{no-}p$ en el conjunto derogado D . Hace un par de décadas NAVARRO y REDONDO (1990a) consideraron esto un problema. Su argumento (puesto con otras palabras) era el siguiente²⁴: de p y $\text{no-}p$ todo se sigue, puesto que el conjunto de todas las consecuencias lógicas de D , esto es $\text{Cn}(D)$, es *omniincludente*. Consecuentemente, todos los elementos del conjunto ordenado A y del sistema normativo $\text{Cn}(A)$ deben ser eliminados por sustracción. Esto nos dejaría con los conjuntos A y $\text{Cn}(A)$ vacíos, lo cual es contraintuitivo y, en cualquier caso, altamente problemático.

De hecho, la conclusión es sensata. Pero, en mi opinión, el razonamiento que la sostiene va demasiado lejos. El expresivista de ALCHOURRÓN y BULYGIN (1981/1991) no tiene por qué operar con $\text{Cn}(D)$ como conjunto de todas las consecuencias de D . Con el propósito de saber qué eliminar de A y de $\text{Cn}(A)$, nuestro expresivista tiene que identificar «todas las proposiciones y todos los conjuntos de proposiciones que implican alguna proposición que pertenece a $[D]$ »²⁵. En otras palabras, necesita operar con proposiciones y conjuntos de los cuales los elementos de D son consecuencia lógica y no viceversa²⁶. El problema, por tanto, no existe.

Alguien podría acaso considerar contraintuitiva a la propuesta según la cual un expresivista *en general* ni necesita ni tiene razón alguna para trabajar con los conjuntos $\text{Cn}(D)$ o $\text{Cn}(P)$, pero no estoy al tanto de ningún desafío particular al respecto y, mientras nadie presente alguno, sólo se pueden añadir un par de cosas.

Uno podría pensar en dos rechazos, o en dos permisos, que (por vía de inferencia lógica) den lugar a un tercero. Sin embargo, los tipos de ejemplo que usualmente los escépticos presentan son inadecuados (conjeturo que esto se debe a que están influenciados por la concepción hilética)²⁷. Supongamos que las siguientes dos reglas son promulgadas en el reino de Rex:

- (R₁) «Si está permitido hacer ϕ , entonces está permitido hacer ψ ».
 (R₂) «Está permitido hacer ϕ ».

²³ Siguiendo a ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1991a: 129, el sistema normativo ha sido definido como $\text{Cn}(A)$ anteriormente en el apartado 2.

²⁴ Vid. NAVARRO y REDONDO, 1990a: 251 y 254.

²⁵ ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1991a: 138.

²⁶ ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1979: 91-92.

²⁷ Vid., al menos, *ibid.*, Cap. 8, donde la representación formal de normas condicionales en la concepción expresiva se realiza en términos hiléticos: si p , entonces [es ordenado] q . Se afrontará este problema en el apartado 5.

Estas dos reglas originan:

(R₃) Está permitido hacer ψ .

No obstante, en contraste con un análisis hilético, el expresivista analizaría R₁ como una orden y no como un permiso. El contenido proposicional de R₁ (que aún debe en rigor de verdad precisarse pero que para el presente propósito puede suponerse como si fuere: si p , entonces q) aparecerá, consecuentemente, en la base axiomática A²⁸. El contenido proposicional de R₂ (esto es, p) aparecerá en el conjunto permitido P (o, en la alternativa ockhamita, su negación aparecerá en el *derogandum* D). Así, la introducción de q en P (o la introducción de no- q en D) no es una consecuencia lógica de dos elementos de P (o de dos elementos de D); se trata de una consecuencia lógica de un elemento de A y de un elemento de P (o D). En fin, de este ejemplo no se sigue en absoluto la necesidad de trabajar con Cn(P) o con Cn(D) para poder explicar la introducción de q en P (o de no- q en D).

En este momento es importante recalcar que la introducción de un contenido proposicional en un conjunto o su eliminación del mismo, no es más que una metáfora. Un contenido que no pertenece a un conjunto, no comenzará nunca a formar parte de él. Y si un contenido pertenece a un conjunto, nunca dejará de formar parte de él²⁹. Lo que realmente ocurre es la realización de un acto del habla (el ordenar, el prohibir; el permitir, si se quiere), que es un hecho empírico. Cada vez que un nuevo hecho acaece, tenemos nuevas descripciones del mundo en términos de conjuntos. De este modo, en el transcurso del tiempo no tenemos uno, sino varios conjuntos [$A_1, A_2, \dots A_n$; Cn(A_1), Cn(A_2), ... Cn(A_n); $D_1, D_2, \dots D_n$; $P_1, P_2, \dots P_n$]. Siguiendo esta propuesta de ALCHOURRÓN y BULYGIN (1981/1991), un conjunto consecutivo A, D o P siempre puede ser definido en relación con los conjuntos previos del mismo tipo y el contenido proposicional que es objeto del nuevo acto del habla. Si utilizamos los signos «!», «¡» y «*» para indicar el tipo de acto del habla normativo realizado (orden, rechazo, permiso) y « p » para su contenido proposicional, entonces podemos representar como sigue tres axiomas (adicionales) de una teoría expresiva, axiomas que no han sido explícitamente formulados por los autores:

Axioma 1 $\forall p ((!p \Rightarrow (A_n = \{p\} \cup A_{n-1}) \wedge (D_n = D_{n-1}) \wedge (P_n = P_{n-1})))$.

Para todo p , si p acaba de ser ordenado, entonces el nuevo conjunto A_n está formado por p y todos los elementos del conjunto previo A_{n-1} , mientras que los nuevos conjuntos D_n y P_n se mantienen iguales a los conjuntos D_{n-1} y P_{n-1} , respectivamente.

Axioma 2 $\forall p ((¡p \Rightarrow (D_n = \{p\} \cup D_{n-1}) \wedge (A_n = A_{n-1}) \wedge (P_n = P_{n-1})))$.

Para todo p , si p acaba de ser rechazado, entonces el nuevo conjunto D_n está formado por p y todos los elementos del conjunto previo D_{n-1} , mientras que los nuevos conjuntos A_n y P_n se mantienen iguales a los conjuntos A_{n-1} y P_{n-1} , respectivamente.

Axioma 3 $\forall p ((*p \Rightarrow (P_n = \{p\} \cup P_{n-1}) \wedge (A_n = A_{n-1}) \wedge (D_n = D_{n-1})))$.

Para todo p , si p acaba de ser permitido, entonces el nuevo conjunto P_n está formado por p y todos los elementos del conjunto previo P_{n-1} ,

²⁸ Para los propósitos de esta sección no es necesario dar mayor detalle sobre la reconstrucción del contenido proposicional de las normas condicionales. Como se señala en la nota anterior, a este tema me referiré más adelante.

²⁹ Vid. ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1991a: 134.

mientras que los nuevos conjuntos A_n y D_n se mantienen iguales a los conjuntos A_{n-1} y D_{n-1} , respectivamente.

El sistema normativo $\text{Cn}(A)$, por otra parte, es simplemente el conjunto de todas las consecuencias lógicas de A_n —tal y como, de forma explícita, ha sido definido por ALCHOURRÓN y BULYGIN³⁰—.

4. EL CONTENIDO PROPOSICIONAL DE REGLAS SOBRE REGLAS

Es natural considerar a las reglas de preferencia como metarreglas. Entonces, la cuestión es cómo puede un expresivista representar el contenido proposicional de tales metarreglas sin dotar de contenido semántico al indicador de la fuerza elocutiva (normativa) de las reglas-objeto (*cf.* WEINBERGER, 1985: 175; CALZETTA y SARDO, 2014: párr. 2.2). Una solución elegante es representar el contenido proposicional de la metarregla como operando no sobre reglas-objeto, sino sobre conjuntos que contengan (explícita o implícitamente) tal contenido proposicional. Estos conjuntos son el conjunto ordenado A_n , el conjunto rechazado D_n , el conjunto permitido P_n y el sistema normativo $\text{Cn}(A)$.

El contenido proposicional, digamos w , de la regla de preferencia ($!w$), usualmente conocida como *lex posterior priori derogat*³¹, podría representarse en una conjunción de condicionales a efectos de que los conjuntos consecutivos no incluyan aquellos contenidos proposicionales de oraciones normativas previas (o aquellas de sus consecuencias) que en relación con los más recientes producen algún conflicto³²:

Def. 19 *El contenido proposicional de lex posterior (w).*

$$\begin{aligned} & \forall x [(x \notin D_{n-1} \wedge x \in D_n) \vee (\text{no-}x \notin P_{n-1} \wedge \text{no-}x \in P_n) \wedge (x \in \text{Cn}(A_{n-1}) \wedge x \\ & \in \text{Cn}(A_n)); \\ & \Rightarrow (D_{n+1} = D_n) \vee (P_{n+1} = P_n) \wedge (\text{Cn}(A_{n+1}) = \text{Cn}(A_n) \setminus \{x\}) \wedge (A_{n+1} = A_n \setminus \{x\})]. \\ & \wedge [(x \in D_{n-1} \wedge x \in D_n) \vee (\text{no-}x \in P_{n-1} \wedge \text{no-}x \in P_n) \wedge (x \notin \text{Cn}(A_{n-1}) \wedge x \in \\ & \text{Cn}(A_n)); \\ & \Rightarrow (D_{n+1} = (D_n \setminus \{x\})) \vee (P_{n+1} = (P_n \setminus \{\text{no-}x\})) \wedge (\text{Cn}(A_{n+1}) = \text{Cn}(A_n)) \wedge \\ & (A_{n+1} = A_n)]; \\ & \wedge [(x \notin \text{Cn}(A_{n-1}) \wedge x \in \text{Cn}(A_n)) \wedge (\text{no-}x \in \text{Cn}(A_{n-1}) \wedge \text{no-}x \in \text{Cn}(A_n)). \\ & \Rightarrow (\text{Cn}(A_{n+1}) = (\text{Cn}(A_n) \setminus \{\text{no-}x\}) \wedge (A_{n+1} = (A_n \setminus \{\text{no-}x\}))). \\ & \wedge [((x \in \text{Cn}(A_{n-1}) \wedge x \in \text{Cn}(A_n)) \wedge (\text{no-}x \notin \text{Cn}(A_{n-1}) \wedge (\text{no-}x \in \text{Cn}(A_n)). \\ & \Rightarrow (\text{Cn}(A_{n+1}) = (\text{Cn}(A_n) \setminus \{x\}) \wedge (A_{n+1} = (A_n \setminus \{x\}))). \end{aligned}$$

Para todo x , si x acaba de ser rechazado (o $\text{no-}x$ permitido), siendo miembro de un sistema normativo $\text{Cn}(A)$, entonces los nuevos conjuntos A y $\text{Cn}(A)$ están compuestos por todos los elementos de los conjuntos previos, excepto x , mientras que el conjunto D (o el nuevo conjunto P) se mantiene igual al previo;

³⁰ Vid. la definición 1, dada en el apartado 2. Vid. también ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1991a: 129.

³¹ Si seguimos la terminología de ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1991a: 136, cuyo expresivista distingue lo que denominan *lex posterior* de lo que denominan *auctoritas posterior*, esta regla correspondería a *lex posterior & auctoritas posterior*. He decidido dar una representación formal unitaria por cuestiones de simplicidad, aunque ambas reglas pueden separarse fácilmente.

³² La representación sirve a ambos tipos de expresivistas (ockhamitas y moritzianos). Para los ockhamitas el conjunto P siempre será un conjunto vacío.

- y si x acaba de ser ordenado, siendo miembro del conjunto D (o no- x un miembro del conjunto P), entonces el nuevo conjunto D está compuesto por todos los elementos de los conjuntos previos, excepto x , (o el nuevo conjunto P está compuesto por todos los elementos de los conjuntos previos, excepto no- x), mientras que los nuevos conjuntos A y $Cn(A)$ se mantienen igual a los previos;
- y si x acaba de convertirse en un miembro del sistema normativo, siendo no- x también miembro del sistema normativo, entonces los nuevos conjuntos A y $Cn(A)$ están compuestos por todos los elementos de los conjuntos previos, excepto no- x ;
- y si no- x acaba de convertirse en un miembro del sistema normativo, siendo x también miembro del sistema normativo, entonces los nuevos conjuntos A y $Cn(A)$ están compuestos por todos los elementos de los conjuntos previos, excepto x .

Cuando Rex realiza $!w$, la proposición w pasa a ser miembro del conjunto ordenado A . Como veremos, esto garantiza la preferencia de un acto normativo posterior (más allá de si este es una promulgación o un rechazo o, incluso, un permiso en caso de aceptar el análisis moritziano) sobre los anteriores.

Consideremos, por ejemplo, que Rex comienza su reinado con el sistema del fallecido Rex-Padre en el cual hay una (y sólo una) prohibición (no- p):

(t1) «¡No tocarás lo que es propiedad del rey!».

Rex piensa para sí: ¡Esto es bueno! Me gusta ser rey y gobernar tal como mi padre lo ha hecho. ¡Pero me gustaría tener la posibilidad de poder cambiar cualquier regla! Después de consultar al jurista de la corona, Rex decide promulgar una regla de preferencia llamada *lex posterior* ($!w$):

(t2) «¡*Lex posterior priori derogat!*».

Para comprobar que el sistema realmente funciona como él desea, Rex decide introducir el comunismo y proclama ¡(no- p) o $*p$:

(t3) «¡Lo que es mío es vuestro, queridos hermanos!».

Esta última decisión realmente no ayuda ni a la economía del reino de Rex ni a las relaciones sociales dentro de él, por lo que Rex decide restablecer el *dominium plenum* !(no- p):

(t4) «¡No codiciarás la casa de tu prójimo! ¡No codiciarás a la mujer de tu prójimo, ni a su sirviente o sirvienta, su buey, su asno, o cualquier otra cosa que le pertenezca!».

Por supuesto, estas traducciones del lenguaje natural a p y no- p son excesivamente simplificadas. Pero si la representación formal de w dada más arriba es correcta, debemos poder mostrar lo que aquí es importante: primero, que la intervención legislativa ¡(no- p) en (t3) eliminó a no- p del sistema normativo $Cn(A)$; y segundo, que la intervención !(no- p) en (t4) reintrodujo a no- p en el sistema $Cn(A)$.

En (t1) tenemos los siguientes conjuntos:

- (análisis ockhamita) $A_1 = \{\text{no-}p\}$, $D_1 = \{\emptyset\}$
 (análisis moritziano) $A_1 = \{\text{no-}p\}$, $D_1 = \{\emptyset\}$, $P_1 = \{\emptyset\}$

Nuestro sistema normativo $Cn(A)$ contiene todas las consecuencias lógicas de $no-p$ y w .

Como resultado de la promulgación de Rex de $!w$ en (t2), tenemos:

$$\begin{aligned} \text{(análisis ockhamita)} \quad & A_2 = \{no-p, w\}, D_2 = \{\emptyset\} \\ \text{(análisis moritziano)} \quad & A_2 = \{no-p, w\}, D_2 = \{\emptyset\}, P_2 = \{p\} \end{aligned}$$

y el sistema normativo $Cn(A_2)$ contiene todas las consecuencias lógicas de $no-p$ y w .

La segunda ley de Rex en (t3) puede ser representada como $!(no-p)$ o, alternativamente, como $*p$. Esta intervención legislativa genera:

$$\begin{aligned} \text{(análisis ockhamita)} \quad & A_3 = \{no-p, w\}, D_3 = \{no-p\} \\ \text{(análisis moritziano)} \quad & A_3 = \{no-p, w\}, D_3 = \{\emptyset\}, P_3 = \{p\} \end{aligned}$$

y un sistema normativo $Cn(A_3)$ con todas las consecuencias lógicas de $no-p$ y w . Como se puede ver, tenemos un conflicto de ambivalencia con respecto a p ³³, debido a la intersección de $Cn(A_3)$ y D_3 o, dicho de otra forma, porque el conjunto de los elementos que pertenecen a ambos $Cn(A_3)$ y D_3 es $\{no-p\}$ y no un conjunto vacío.

A partir de ahora, no haré más representaciones con los elementos de P en lugar de los de D , ya que si logramos dar una descripción adecuada de cómo funcionan las reglas de preferencia, sin admitir la existencia del acto normativo especial de otorgar un permiso, entonces sin duda podríamos tener éxito también en el otro caso (es decir, el análisis moritziano). Dicho esto, podemos dar un paso más y demostrar cómo la presencia de w en el conjunto ordenado resuelve, de hecho, el conflicto.

En función de w , el conflicto se resuelve a favor de permitido p , lo que nos deja con los siguientes conjuntos:

$$\text{(análisis ockhamita)} \quad A_4 = \{w\}, D_4 = \{no-p\}$$

y el sistema normativo $Cn(A_4)$ con todas las consecuencias lógicas de w y sin $no-p$ o sus consecuencias lógicas.

Aquí presento una prueba formal para el caso de $Cn(A_4)$:

- Prueba 1**
- (1) $A_2 = \{no-p\}$ — Descripción de hechos.
 - (2) $A_3 = \{no-p, w\}$ — Descripción de hechos.
 - (3) $A_i \subseteq Cn(A_i)$ — Def. 1 de $Cn(A)$.
 - (4) $no-p \in Cn(A_2) \wedge no-p \in Cn(A_3)$ — 1, 2; conjunción; 3.
 - (5) $D_2 = \{\emptyset\}$ — Descripción de hechos.
 - (6) $D_3 = \{no-p\}$ — Descripción de hechos.
 - (7) $no-p \notin D_2 \wedge no-p \in D_3$ — 5, 6; conjunción.
 - (8) $\forall x [(x \notin D_{n-1} \wedge x \in D_n) \vee (no-x \notin P_{n-1} \wedge no-x \in P_n) \wedge (x \in C_n(A_{n-1}) \wedge x \in C_n(A_n)) \Rightarrow (D_{n+1} = D_n) \vee (P_{n+1} = P_n) \wedge (C_n(A_{n+1}) = C_n(A_n) \setminus \{x\}) \wedge (A_{n+1} = A_n \setminus \{x\})] \wedge [(x \in D_{n-1} \wedge x \in D_n) \vee (no-x \in P_{n-1} \wedge no-x \in P_n) \wedge (x \notin C_n(A_{n-1}) \wedge x \in C_n(A_n)) \Rightarrow (D_{n+1} = (D_n \setminus \{x\})) \vee (P_{n+1} = (P_n \setminus \{no-x\})) \wedge (C_n(A_{n+1}) = C_n(A_n)) \wedge (A_{n+1} = A_n)] \wedge [(x \notin C_n(A_{n-1})$

³³ Hay un conflicto de ambivalencia $[Cn(A), D]$, cuando existe al menos un x tal que x pertenece al conjunto $Cn(A)$ y x también pertenece al conjunto D . La intersección de $Cn(A)$ con D no es un conjunto vacío. Vid. las definiciones 13 y 14 en el apartado 3.1.

$$\begin{aligned} & \wedge x \in C_n(A_n) \wedge (\text{no-}x \in C_n(A_{n-1}) \wedge \text{no-}x \in C_n(A_n)) \Rightarrow (C_n(A_{n+1}) = \\ & (C_n(A_n) \setminus \{\text{no-}x\}) \wedge (A_{n+1} = (A_n \setminus \{\text{no-}x\}))) \wedge [((x \in C_n(A_{n-1}) \wedge x \in \\ & C_n(A_n)) \wedge (\text{no-}x \notin C_n(A_{n-1}) \wedge \text{no-}x \in C_n(A_n)) \Rightarrow (C_n(A_{n+1}) = (C_n(A_n) \\ & \setminus \{x\}) \wedge (A_{n+1} = (A_n \setminus \{x\})))]. \end{aligned}$$

— 2; sustitución de w por su def. 19.

$$(9) (\text{no-}p \notin D2 \wedge \text{no-}p \in D3) \wedge (\text{no-}p \in C_n(A2) \wedge \text{no-}p \in C_n(A3)) \Rightarrow (C_n(A4) = (C_n(A3) \setminus \{\text{no-}p\})).$$

— 8; *simplificación, determinación del índice* ($n = 3$) *y la variable* ($x = \text{no-}p$).

$$\therefore C_n(A_4) = (C_n(A_3) \setminus \{\text{no-}p\}) \quad \text{— } 9, 7, 4; \textit{modus ponens}.$$

Las pruebas formales para A_4 y D_4 reiteran la prueba para $C_n(A_4)$ desde los pasos 1 a 8; en este punto, saltaré el obvio paso 9 para alcanzar las conclusiones ($D_4 = D_3 = \{\text{no-}p\}$) y $A_4 = (A_3 \setminus \{\text{no-}p\}) = \{w\}$ vía *modus ponens*. El argumento para el análisis moritziano ($A_4 = \{w\}$, $D_4 = \{\emptyset\}$, $P_4 = \{p\}$) es muy similar y también fácil.

Como vemos, la presencia de w en el conjunto ordenado A tiene el efecto esperado: garantizó la prioridad de la segunda ley de Rex del momento (t3), como un acto normativo posterior, sobre la previa ley del Rex-padre procedente de (t1). Además, podríamos mostrar que w también garantiza el resultado deseado en caso de la intervención legislativa subsecuente de Rex en (t4), pero esto ya parece innecesario—puesto que ahora cada uno puede hacerlo por sí mismo transitando (casi) el mismo argumento. Este mostraría que la promulgación de $\text{no-}p$ en (t4) produce un conflicto de ambivalencia; entonces se vería que, con base en *lex posterior* (w), el conflicto se resuelve (esta vez) a favor de la prohibición $\text{no-}p$ —dejándonos con los siguientes conjuntos:

$$(\text{análisis ockhamita}) \quad A_6 = \{w, \text{no-}p\}, D_6 = \{\emptyset\}$$

y el sistema normativo $C_n(A)$ que contiene todas las consecuencias lógicas de $\text{no-}p$ y w .

Finalmente podemos concluir que nuestro expresivista puede describir adecuadamente el funcionamiento de *lex posterior* sin dar contenido semántico al indicador de fuerza (normativa). QED.

En un comentario al manuscrito de este trabajo, ŽARNIĆ y BAŠIĆ (2014: párr. 2.2) mostraron que la definición 19 de *lex posterior* funciona sólo en un número limitado de casos especiales (tales como el de nuestro ejemplo) donde el conjunto normativo inicial es independiente, es decir, donde ningún miembro del conjunto normativo inicial puede derivarse de los demás miembros del mismo. Con gusto concedo el punto y reconozco mi error (como uno puede observar desde la cita de más arriba acompañada por la nota al pie núm. 25, ALCHOURRÓN y BULYGIN fueron mucho más cuidadosos que yo en su explicación de las consecuencias de un acto de rechazo). Si x acaba de ser rechazado (o $\text{no-}x$ permitido), siendo miembro del sistema normativo $C_n(A)$, entonces de la operación de derogación resultan nuevos conjuntos A y $C_n(A)$ que son —a diferencia de lo expuesto en la definición 19— subconjuntos máximos de los conjuntos anteriores que no implican formalmente x . Esto significa que «la operación de derogación es infradeterminada, puesto que, típicamente, hay más de un subconjunto máximo» de

A y $Cn(A)$ que no implica formalmente x . En tales casos, «quien aplique el derecho se verá obligado a elegir entre estos subconjuntos máximos» y asumir el papel del creador del derecho. La representación de esta operación, entonces, «necesita un operador adicional de elección» para elegir uno de tales subconjuntos³⁴. Puesto que el exacto contenido proposicional de *lex posterior* no está en el alcance de esta contribución, no voy a enmendar aquí la definición 19 como debería, sino que lo dejo para otra ocasión (o para el lector interesado, ahora).

En favor de la claridad (y brevedad) de la demostración he asumido que *lex posterior* es la única regla de preferencia en el reino de Rex. Sin embargo, debo al menos una pista para la solución correspondiente a la regla de preferencia *lex superior derogat inferiori* (!s)³⁵: supondremos que los contenidos que fueron promulgados y rechazados (o permitidos) vayan en diferentes subconjuntos de los conjuntos A y D (o P) —por ejemplo, en Aa , Ab , Ac , etc.— dependiendo del nivel jerárquico (a , b , c , etc.) de la autoridad normativa que realiza el acto normativo en cuestión. Con el uso de estos subconjuntos, uno debería poder formular sin problemas el contenido proposicional s de *lex superior* (!s).

Cabe ahora enfrentarse a una última serie de objeciones.

5. LA REGLA DE CLAUSURA Y OTRAS NORMAS CONDICIONALES

Antes de concluir con una posible representación de las normas condicionales, veamos el problema de la regla de clausura.

5.1. Es ampliamente conocido³⁶ que la «regla permisiva de clausura» («Aquello que no está prohibido, está permitido») es la única regla de clausura que no deja abierta la entrada a incoherencias dentro de un sistema normativo³⁷. CALZETTA y SARDO (2014) reivindican esta idea en contra del análisis ockhamita, en el sentido de que un expresivista ockhamita (por el hecho de negar la existencia de normas permisivas o actos de permitir) no podría dar cuenta de dicha regla de clausura³⁸. Pero dicha acusación es falsa o, en el mejor de los casos, inaplicable y fruto de un malentendido.

Una cosa es decir que a) con el propósito de preservar la coherencia, un sistema normativo puede ser completado con una regla de clausura sólo si dicha regla tiene el efecto de permitir lo que no está prohibido. Otra cosa muy diferente es decir que b) solamente una norma permisiva de clausura tendría este efecto o carácter permisivo,

³⁴ ŽARNIČ y BAŠIĆ, 2014, párr. 2.2. Vid. también ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1991a: 139-140.

³⁵ La tercera regla de preferencia, *lex specialis*, no genera las preocupaciones expresadas por WEINBERGER (1985) y por CALZETTA y SARDO (2014). Vid. también ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1979: 86.

³⁶ Para la discusión al respecto vid. ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1971/1975: Cap. 7, y las referencias allí incorporadas.

³⁷ Con la sola excepción, prácticamente irrelevante, de un sistema normativo en el cual se infiera que p no es facultativo ($\neg Ip = \neg(Pp \wedge P(\text{no-}p))$). «Como p no está prohibido, podríamos inferir con la ayuda de la [permisiva] regla de clausura que p está permitido. Pero, como tampoco está prohibido $\text{no-}p$, se podría inferir también la permisión de $\text{no-}p$. Sin embargo, la permisión conjunta de p y $\text{no-}p$ es incompatible con $\neg[I]p$. He aquí, pues, que la regla de clausura ha introducido una incoherencia». ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1975: 195, n. 41.

³⁸ Vid. CALZETTA y SARDO, 2014: párr. 2.1.2.

esta función normativa. Mientras a es verdadero, pero no es lesivo (el expresivista ockhamita también reconoce la existencia de estados de cosas permitidos)³⁹, b es falso, ya que el rechazo de la prohibición de p cumple la misma función permisiva que la permisión de p . He aquí una prueba de ello:

Supongamos que Rex decide clausurar el sistema de su reino y dicta la siguiente regla de clausura permisiva (! c)⁴⁰:

(t5) «¡Aquello que no está prohibido, está permitido!».

El contenido proposicional c , que así pasa a ser un elemento de A , puede formalizarse de la siguiente forma:

Def. 20 Regla de clausura permisiva (c):

$\forall x (\text{no-}x \notin \text{Cn}(A_n) \Rightarrow \text{no-}x \in D_{n+1})$.

Para todo x , si x no está prohibido —esto es, si $\text{no-}x$ no pertenece al sistema normativo $\text{Cn}(A_n)$ — entonces $\text{no-}x$ pertenece al conjunto rechazado D_{n+1} .

Presentado de esta forma, ! c obtiene los resultados deseados de una clausura permisiva: i) No tiene un efecto (directo) sobre destinatarios particulares de las normas; la introducción de tal regla de clausura no afecta la calificación deóntica de conductas individuales. ii) Al hacer que p esté positivamente permitido, ! c elimina lagunas normativas y, por ende, la discreción judicial en casos de p (relativos al sistema normativo de A). iii) Como la adición de $\text{no-}p$ al conjunto derogado D es condicional, actos futuros de rechazo explícito no pierden su relevancia, como veremos en breve, y iv) incluso pueden ser realizados por autoridades subordinadas a aquella autoridad que promulgó c .

A quienes se mantengan escépticos acerca de los puntos iii) y iv), he de requerirles entonces una pizca más de paciencia con el ejercicio lógico a los fines de una última simulación; los demás pueden saltarse los próximos cuatro párrafos.

Supongamos que la base axiomática se compone de las normas constitucionales $\{a, c, s, w\}$ y que $\text{no-}x \notin \text{Cn}(A_1)$. En consecuencia, $\text{no-}x \in D_2$ en función de la regla (condicional) de clausura permisiva c (o sea: si está prohibido x en $\text{Cn}(A_n)$, entonces $\text{no-}x$ pertenece a D_{n+1})⁴¹. Además, $A_1 = A_2$ y $\text{no-}x \notin \text{Cn}(A_2)$, lo cual significa que x está permitido positivamente⁴².

Ahora bien, imaginemos dos escenarios diferentes. En el primer escenario, el ayuntamiento de una ciudad ordena b , que tiene el contenido ($a \Rightarrow \text{no-}x$). Como consecuencia de ! b , tenemos $A_3 = \{a, b, c, s, w\}$ y $\text{no-}x \in \text{Cn}(A_3)$ —lo cual produce un conflicto de ambivalencia entre $\text{Cn}(A_3)$ y $D_3 (= D_2)$ —. El conflicto puede ser resuelto mediante la aplicación de *lex posterior* (w)⁴³, de suerte que resulta: $D_4 = (D_3 \setminus \text{no-}x)$, mientras

³⁹ ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1991a: 146.

⁴⁰ Para evitar la ambigüedad de la expresión «regla permisiva de clausura» —en la que el adjetivo «permisiva» puede ser utilizado tanto para especificar la función de la regla, como para especificar la forma de la regla o ambas—, he escogido usar el término en cuestión sólo en el segundo sentido (haciendo referencia a la forma), y expresar el primer sentido (el de la función) utilizando «regla de clausura permisiva».

⁴¹ Vid. más arriba la definición 20 en este apartado.

⁴² Para todo p , « p está permitido de forma positiva en A » es verdadera si, y sólo si, $\text{no-}p$ forma parte del conjunto rechazado D . Vid. más arriba la definición 11 en el apartado 2.

⁴³ Vid. más arriba la definición 19 en el apartado 4.

que $A_4 = A_3$ y $\text{no-}x \in \text{Cn}(A_4)$. En otras palabras: x queda prohibido como consecuencia de que el ayuntamiento de la ciudad ordena b , aun cuando hasta ahora había sido permitido positivamente debido a la presencia de la regla (constitucional) de clausura permisiva c . Nótese que la regla *lex superior* (s) no desempeña ningún papel en la resolución de este conflicto entre normas.

Ahora imaginemos otro escenario en el cual $\text{no-}x$ es (incondicionalmente) rechazada por el legislador nacional antes de que el ayuntamiento de la ciudad ordene b . En consecuencia, $\text{no-}x \in D_3$, mientras que $A_3 = A_2 = A_1$ y $\text{no-}x \notin \text{Cn}(A_3)$. Esto también significa que x está permitido positivamente. Sin embargo, las consecuencias de emitir la orden b por parte del ayuntamiento de la ciudad serán diferentes en este escenario. El conflicto de ambivalencia se resolverá aplicando *lex superior* (s) y no *lex posterior* (w). Se dará preferencia al rechazo de $\text{no-}x$. Como consecuencia, x no será prohibido, sino que se mantendrá permitido positivamente.

Las últimas dos simulaciones demuestran: iii) que actos futuros de rechazo explícito no pierden su relevancia bajo la regla de clausura permisiva c con la formalización arriba mostrada —del mismo modo en que dichos actos tampoco pierden su relevancia en los sistemas jurídicos que contienen esta misma regla de clausura—; y iv) que los actos futuros de rechazo explícito pueden ser realizados por autoridades subordinadas a aquella que promulgó c .

No es éste el lugar para discutir en detalle las cuatro características de dicha clausura permisiva. Lo relevante es haber mostrado que la función permisiva de la regla de clausura, según la cual aquello que no está prohibido está permitido, puede ser debidamente representada sin conceder que existe un específico acto (normativo) elocutivo de permisión. QED.

5.2. Además, nuestro expresivista ockhamita ya ha puesto en marcha todas las herramientas necesarias para reconstruir las normas condicionales incluyendo la siguiente⁴⁴:

(R_4) «¡Si, y sólo si, está lloviendo, no salgas de casa!».

Mientras quien defiende una concepción hilética representaría R_4 como un imperativo condicional, nuestro expresivista echará mano de un conjunto más —aquel, denominémoslo el conjunto fáctico F , compuesto por las proposiciones que describen los hechos y acciones relevantes que acaecen en el contexto de aplicación de la regla—, para representar a R_4 como un condicional imperativo o, más precisamente, como una orden de hacer verdadera la proposición condicional:

(R_4 en su representación hilética)	$p \Leftrightarrow O(\text{no-}r)$ ⁴⁵
(R_4 en su representación expresivista)	$!((p \in F_n) \Leftrightarrow (\text{no-}r \in A_{n+1}))$

donde p significa <está lloviendo> y r <salir de casa>.

Uno podría preferir la primera representación o la segunda por razones de gusto (intelectual u otro). Pero, en cuanto a su capacidad instrumental, la representación expresivista proporciona lo necesario para asegurar los efectos que se esperan de R_4 :

⁴⁴ El ejemplo proviene de ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1979: Cap. 8.

⁴⁵ Algunos problemas de esta representación están tratados en RODRÍGUEZ, 2005.

si está lloviendo (p), entonces existe la explícita prohibición de que salgas de casa. Si no está lloviendo ($\text{no-}p$), entonces existe un permiso negativo de (y, por ende, no es obligatorio) salir de casa⁴⁶. Esto puede verificarse fácilmente, si acudimos a nuestras previas definiciones de prohibición explícita (def. 6) y de permiso negativo (def. 12)⁴⁷.

Cuando se dicta R_q , su contenido proposicional entra en la base axiomática A_n . En beneficio de la simplicidad supongamos que ésta es la única regla existente en el reino de Rex, que D_n es un conjunto vacío y que $\text{Cn}(A_n)$ contiene todas las consecuencias lógicas de R_q . Ahora bien, si no está lloviendo, salir de casa (r) está permitido negativamente⁴⁸, debido a que D_n se mantiene vacío y $\text{Cn}(A_n)$ no contiene quedarse en casa ($\text{no-}r$). Por otra parte, si el caso es que está lloviendo, existe la prohibición explícita de salir de casa⁴⁹, debido a que $\text{no-}r$ pertenece a A_{n+1} .

Así es como uno podría refutar la objeción presentada por WEINBERGER (1985 y 1986) y finalmente concedida por ALCHOURRÓN y BULYGIN (1991): a saber, que un expresivista no puede dar una reconstrucción satisfactoria de las normas condicionales⁵⁰.

Si el expresivista hace uso de i) secuencias de ii) distintos conjuntos (incluyendo el conjunto F relativo a los hechos y acciones que acaecen en el contexto de aplicación) y si retrata a las normas condicionales no como imperativos condicionales, sino como iii) órdenes de hacer verdaderos los condicionales, entonces puede traducirse fácilmente la representación hilética de las normas condicionales (primera columna) a la representación expresivista (segunda columna):

- Def. 21** Si p , entonces Oq . $!((p \in F_n) \Rightarrow (q \in A_{n+1}))$.
Def. 22 Si p , entonces Phq . $!((p \in F_n) \Rightarrow (\text{no-}q \in A_{n+1}))$.
Def. 23 Si p , entonces Pq . $!((p \in F_n) \Rightarrow (\text{no-}q \in D_{n+1}))$.

Por cierto, algunos dirán que el precio que hay que pagar es demasiado alto —puesto que, ahora, nuestra base axiomática y, por ende, nuestro sistema normativo cambiarán junto con las condiciones climáticas y otras circunstancias fácticas más allá e independientemente de las órdenes y derogaciones—⁵¹. Pero hay al menos dos modos de evitar el problema.

a) A partir de la regla general R_q («¡Si, y sólo si, está lloviendo, no salgas de casa!») y del hecho p (está lloviendo), deseamos obtener como consecuencia la obligación de quedarse en casa. Pero esto puede interpretarse como una obligación individual en el caso particular que tenemos a mano. Esta obligación se deriva de una norma general (o de su contenido proposicional) y de una premisa fáctica. Ahora bien,

⁴⁶ Vid. ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1979: Cap. 8, cuya tentativa representación de las reglas condicionales no logra responder a estas exigencias.

⁴⁷ Las definiciones se han introducido en el apartado 2 y se van a repetir en el párrafo siguiente.

⁴⁸ Para todo x , « x está permitido de forma negativa en A » es verdadera si, y sólo si, $\text{no-}x$ no pertenece ni al conjunto $\text{Cn}(A)$ ni al conjunto rechazado D . Vid. la definición 12, en el apartado 2.

⁴⁹ Para todo x , « x está explícitamente prohibido en A » es verdadera si y sólo si $\text{no-}x$ pertenece al conjunto A . Vid. la definición 6, en el apartado 2.

⁵⁰ Vid. WEINBERGER, 1985: 175 y ss. Vid. también ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1991: xxvii, y en especial CARACCILO, 1993: 507.

⁵¹ De hecho, para algunos la idea misma de sistema normativo sólo es de interés si éste no cambia junto con las circunstancias fácticas (excepto las que constituyen los actos normativos de promulgación y derogación). Agradezco a José Juan MORESO por haber llamado mi atención sobre este punto.

si tomamos tales obligaciones individuales no como partes del sistema normativo, sino como aplicaciones de sus contenidos a circunstancias fácticas, entonces podemos preservar la independencia del sistema normativo respecto de los hechos siempre cambiantes: en vez de ubicar a *no-r* (o sea, quedarse en casa) en la base axiomática A_{n+1} , simplemente debemos ubicarlo en un conjunto separado de obligaciones individuales del caso particular que se está discutiendo; llamamos a este conjunto I_{n+1} . R_4 deberá entonces representarse como $!(p \in F_n) \Leftrightarrow (\text{no-}r \in I_{n+1})$. En consecuencia también se deberán modificar las definiciones dadas arriba acerca de qué es obligatorio, qué está prohibido y qué permitido (def. 2-def. 12); pero ello no podrá socavar la afirmación de que el expresivista puede representar adecuadamente las normas condicionales.

b) Otro modo de evitar el supuesto problema del cambio excesivamente frecuente del sistema normativo consiste en identificar el sistema normativo con el conjunto ordenado A y no con el conjunto $\text{Cn}(A)$ que incluye todas las consecuencias lógicas de las proposiciones explícitamente ordenadas. Uno podría quedarse entonces con la representación inicialmente propuesta de las normas condicionales (def. 21-def. 23) y con la idea de que los sistemas normativos no cambian junto con las circunstancias fácticas (excepto las que constituyen los actos de promulgación y derogación). Esta solución también está en consonancia con las objeciones que ŽARNIĆ y BAŠIĆ (2014) levantaron contra mi adopción de la definición usual de sistema normativo (o sea, la que incluye la clausura deductiva). Sus argumentos me parecen convincentes y aunque no voy a citarlos aquí —ya que no van en contra de la concepción expresiva como tal— podemos concluir conectando su propuesta (general) con nuestro tema (especial) de las normas condicionales: quien aplica el derecho realiza una deducción desde la regla general R_4 («¡Si, y sólo si, está lloviendo, no salgas de casa!») y el hecho p (está lloviendo); sin embargo, no hay «ningún conjunto $\text{Cn}(A)$ deductivamente cerrado que necesite preceder o pueda ser el resultado de la así obtenida determinación del estatus deóntico del estado de cosas producido por una acción del sujeto del derecho o por su omisión» (ŽARNIĆ y BAŠIĆ, 2014: párr. 2.1). La relación entre R_4 y la obligación individual (en el caso de lluvia) o el permiso individual (en todas las demás circunstancias) tiene que ver con el razonamiento que uno realiza por medio de enunciados normativos. En otras palabras, las reglas de inferencia que nos hacen derivar las normas implícitas y/o individuales de las explícitas y generales definen el contexto metanormativo para el aplicador del derecho y no tienen ninguna relación necesaria con el sistema normativo por sí mismo⁵². Bajo esta visión, desaparece el problema del cambio excesivamente frecuente del sistema normativo.

Por supuesto, la concepción expresiva de las normas (y, especialmente, su variante ockhamita) puede tener otras imperfecciones e incluso algún problema serio⁵³. Pero si

⁵² Vid. ŽARNIĆ y BAŠIĆ, 2014: en particular párrs. 1.1 y 2.1, refiriéndose también a John BROOME, Lou GOBLE y Jürgen HABERMAS.

⁵³ No tomaré posición a este respecto, solamente quisiera indicar algunas lecturas adicionales. Aunque ya mencionado, WEINBERGER, 1985 y 1986, es el mejor punto de partida, puesto que se extiende también a varios temas no tratados en este texto. El argumento de OPALEK y WOLEŃSKI, 1986, 1987/2014 y 1991, va en contra de la concepción expresivista de los permisos. NAVARRO y REDONDO, 1990b: 238 y ss., señalan algunas cuestiones relativas al conjunto rechazado (y sus subconjuntos) por traer problemas a las explicaciones de ALCHOURRÓN y BULYGIN. MORESO y NAVARRO, 1992: 1089, pretenden mostrar una ambigüedad en la permisión positiva. AGUILÓ, 1995: 59 y ss.; 63 y ss., invoca un problema respecto de la derogación (tácita o) por incompatibilidad. CARACCILO, 1996: nn. 15, 25 y 31, muestra el problema de la identificación de los sistemas

las demostraciones señaladas en este trabajo son correctas, el expresivista de ALCHOURRÓN y BULYGIN (1981/1991) puede perfectamente dar cuenta de estados de cosas facultativos (§ 2) sin introducir incoherencias dentro del sistema normativo $Cn(A)$ (§ 3). Su expresivista también puede describir con éxito el contenido proposicional de una metarregla sin dotar de contenido semántico al indicador de fuerza (normativa) de la regla-objeto (§ 4). Y por último, puede dar cuenta de una clausura permisiva —y de otras normas condicionales— aun cuando niegue la autonomía conceptual de actos de permisión o, en palabras diferentes, su irreducibilidad a otras formas normativas (§ 5).

Agradecimientos. Quería agradecer a Alejandro CALZETTA y Alessio SARDO por las largas y vivas discusiones sobre el tema, así como a Eugenio BULYGIN, Damiano CANALE, Diego DEI VECCHI, Alessandro FERRARI, Pablo RAPETTI, Giovanni BATTISTA RATTI, Sebastián FIGUEROA, José Juan MORESO, Pablo NAVARRO, Cristina REDONDO y Jan WOLEŃSKI por sus comentarios acerca de varias partes del borrador. Me he beneficiado, además, de dos informes evaluativos negativos: mientras que un revisor anónimo de *Doxa* consideró erróneas mis formalizaciones lógicas, otro revisor de *Studia Logica* consideró las mismas, en su mayoría, simples y obvias hasta el punto de constituir una contribución trivial. En última instancia, he decidido efectuar sólo algunas pequeñas correcciones a mis formulaciones lógicas respecto a la versión original. Tengo la impresión de que el resultado no debería suscitar mayor interés entre los lógicos, pero sí entre los teóricos del derecho.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILÓ, J., 1995: *Sobre la derogación. Ensayo de dinámica jurídica*, México: Fontamara (Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política, 41).
- ALCHOURRÓN, C. E., y BULYGIN, E., 1971: *Normative Systems*, Wien/New York: Springer (Library of Exact Philosophy, 5).
- 1975: *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires: Astrea (Colección mayor Filosofía y Derecho, 1).
- 1979: *Sobre la existencia de las normas jurídicas*, Valencia (Venezuela): Universidad de Carabobo. Cité las páginas de la reimpresión en México: Fontamara, 1997.
- 1981: «The Expressive Conception of Norms», en R. HILPINEN (dir.), *New Studies in Deontic Logic*, Dordrecht: Reidel, 95-124. Reimprimido en B. LITSCHIEWSKI-PAULSON y S. PAULSON (dirs.), *Normativity and Norms*, Oxford: Oxford University Press, 1998, 384-410.
- 1984: «Pragmatic Foundations for a Logic of Norms», *Rechtstheorie*, 15: 453-464.
- 1991: *Análisis lógico y Derecho*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- 1991a: «La concepción expresiva de las normas», en C. E. ALCHOURRÓN y E. BULYGIN, *Análisis lógico y Derecho*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 121-153.
- 1991b: «Fundamentos pragmáticos para una lógica de normas», en C. E. ALCHOURRÓN y E. BULYGIN, *Análisis lógico y Derecho*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 155-167.
- CALZETTA, A. D., y SARDO, A., 2014: «Una nueva visita a la concepción expresiva de las normas», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 37.

normativos de la concepción expresivista con el derecho. Por último, se puede consultar FERRER BELTRÁN y RODRÍGUEZ, 2011: Cap. 1, donde los autores alegan la existencia de dos concepciones acerca del significado y no acerca de las normas.

- CARACCILO, R., 1993: «Entrevista a Eugenio Bulygin», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 14: 499-513.
- 1996: «Esistenza di norme e di sistemi normativi», en P. COMANDUCCI y R. GUASTINI (dirs.), *Struttura e Dinamica dei Sistemi Giuridici*, Torino: Giappicheli Editore. En español: «Existencia de normas», *Isonomía. Revista de teoría y Filosofía del Derecho*, 7: 159-178. Reimpreso en R. CARACCILO, *El Derecho desde la filosofía*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (El Derecho y la Justicia), 2009.
- FERRER BELTRÁN, J., y RODRÍGUEZ, J. L., 2011: *Jerarquías normativas y dinámica de los sistemas jurídicos*, Madrid: Marcial Pons (Filosofía y Derecho).
- MORITZ, M., 1963: «Permissive Sätze, Erlaubnissätze und deontische Logik», en A. AHLBERG, R. EKMAN *et al.*, *Philosophical Essays Dedicated to Gunnar Aspelin on the Occasion of His Sixty-fifth Birthday*, Lund: Gleerups, 108-121.
- NAVARRO, P. E., y MORESO, J. J., 1992: «Normas permisivas, sistemas jurídicos y clausura normativa. Un análisis de la evolución de las ideas de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin», *Theoría. Revista de Teoría, Historia y Fundamentos de la Ciencia*, Segunda época, vol. 7, núms. 16-17-18, t. B: 1079-1100.
- NAVARRO, P. E., y REDONDO, M. C., 1990a: «Permisiones y actitudes normativas», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 7: 249-255.
- 1990b: «Derogations, Logical Indeterminacy and Legal Expressivism», *Rechtstheorie*, 21: 233-239.
- OPALEK, K., y WOLEŃSKI, J., 1986: «On Weak and Strong Permissions Once More», *Rechtstheorie*, 17: 83-88.
- 1987: «Is, Ought, and Logic», *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, LXXIII: 373-385.
- 1991: «Normative Systems, Permissions, and Deontic Logic», *Ratio Juris*, 4: 334-348.
- 2014: «Ser, deber ser y lógica», *Revus. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, 23. URL = <http://revus.revues.org/2979>.
- RODRÍGUEZ, J. L., 2005: «Un dilema en la representación de normas condicionales», *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, 23: 97-114.
- WEINBERGER, O., 1985: «The Expressive Conception of Norms: An Impasse for the Logic of Norms», *Law and Philosophy*, 4: 165-198. Reimpreso en B. LITSCHIEWSKI-PAULSON y S. PAULSON (dirs.), *Normativity and Norms*, Oxford: Oxford University Press, 1998: 411-432.
- 1986: «Der normenlogische Skeptizismus», *Rechtstheorie*, 17: 13-81.
- ŽARNIĆ, B., y BAŠIĆ, G., 2014: «Metanormative Principles and Norm Governed Social Interaction», *Revus. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, 22: 105-120. URL = <http://revus.revues.org/2859>.

DISCRECIONALIDAD*

H. L. A. Hart

RESUMEN. Este trabajo reproduce un borrador que HART (1907-1992) distribuyó entre los miembros del Grupo de Debate de Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho de Harvard en 1956 y que fue publicado originalmente en inglés en *Harvard Law Review* en 2013. En él, HART se plantea responder a las siguientes cuestiones: ¿Qué es la discrecionalidad o en qué consiste el ejercicio de la discrecionalidad?; ¿en qué condiciones y por qué aceptamos o toleramos de hecho la discrecionalidad en un sistema jurídico?; ¿debemos aceptar o tolerar la discrecionalidad? Y de ser así, ¿por qué?; ¿qué valores amenaza el ejercicio de la discrecionalidad y cuáles preserva o promueve?; y por último ¿qué puede hacerse para maximizar los beneficios del ejercicio de la discrecionalidad y minimizar cualquier daño que genere?

Palabras clave: Discrecionalidad, discrecionalidad reconocida, discrecionalidad tácita, excepción discrecional.

Discretion

ABSTRACT. This paper reproduces the draft version that Hart handed out among the members of the Legal Philosophy Discussion Group at Harvard in the year 1956. Originally published in English in the *Harvard Law Review* in 2013, the author addresses the following questions in it: 1. What is discretion, or what is the exercise of discretion? 2. Under what conditions and why do we in fact accept or tolerate discretion in a legal system? 3. Must we accept discretion or tolerate discretion, and if so, why? 4. What values does the use of discretion menace, and what values does it maintain or promote? 5. What can be done to maximize the beneficial operation of the use of discretion and to minimize any harm that it does?

Keywords: Discretion, express use of discretion, tacit discretion, discretionary interference.

* Fecha de recepción: 5 de septiembre de 2014. Fecha de aceptación: 21 de octubre de 2014.

La siguiente nota precedía este Ensayo, que el profesor HART distribuyó como borrador entre los miembros del Grupo de Debate de Filosofía del Derecho en la Facultad de Derecho de Harvard:

«Me han pedido que distribuya mi artículo sobre la discrecionalidad: aquí está, aunque un trabajo tan esquivo no merece un formato tan duradero.

Es prácticamente una repetición literal de lo que dije la última vez: la única aportación relevante es el epígrafe 2, pensado para eliminar algunos malentendidos sobre la definición».

H.L.A.H., 19 de noviembre de 1956.

1.

En este ámbito se plantean algunas cuestiones verdaderamente complejas; pero como escuché decir a algunos miembros del grupo la última vez, creo que la mayor dificultad reside quizá en determinar con precisión qué cuestiones estamos tratando de resolver. Estoy convencido de que si pudiéramos formular las preguntas con claridad, las respuestas no resultarían tan esquivas. Así que he empezado con una lista sencilla de preguntas sobre la discrecionalidad que, de una forma u otra, me pareció que planteaba el grupo la última vez. Por supuesto, puedo haber omitido algo y haber incluido algo inútil: si es así, seguro que se me informará de ello más adelante.

Así pues, considero que las preguntas centrales son las siguientes:

1. ¿Qué es la discrecionalidad o en qué consiste el ejercicio de la discrecionalidad?
2. ¿En qué condiciones y por qué aceptamos o toleramos de hecho la discrecionalidad en un sistema jurídico?
3. ¿Debemos aceptar o tolerar la discrecionalidad? De ser así, ¿por qué?
4. ¿Qué valores amenaza el ejercicio de la discrecionalidad y cuáles preserva o promueve?
5. ¿Qué puede hacerse para maximizar los beneficios del ejercicio de la discrecionalidad y minimizar cualquier daño que genere?

Soy perfectamente consciente de que he omitido en esta lista algunas preguntas concretas [de] la última vez. Por ejemplo, no he incluido las cuestiones psicológicas planteadas por el profesor FREUND: ¿cuáles son las condiciones psicológicas del ejercicio de la discrecionalidad? Lo he dejado de lado porque creo que si entendemos claramente lo que es ejercer una facultad discrecional y qué se considera en distintos ámbitos un ejercicio satisfactorio de la discrecionalidad, no sería necesario afrontar una pregunta psicológica independiente del tipo: ¿Cuáles son las condiciones psicológicas para su ejercicio fundamentado o cómo somos psicológicamente capaces de ejercer la discrecionalidad? De hecho, opino que esta pregunta, que a primera vista parece corresponder a la psicología empírica, en realidad lo que expresa de forma algo equívoca es nuestra incertidumbre inicial sobre lo que es la discrecionalidad y qué se considera un ejercicio fundamentado de la discrecionalidad en diversos ámbitos. Pero sólo un examen más a fondo de nuestro tema permitirá saber si estoy en lo cierto al respecto, y perfectamente puedo no estarlo.

2.

He encabezado mi lista de preguntas con una cuestión conceptual y la he separado de las otras, que parecen más sustanciales. Por supuesto, puede ser que el término discrecionalidad sea irremediablemente vago y que los tribunales y los juristas lo empleen de un modo completamente caprichoso: si esto fuera así, la única observación que podríamos hacer sobre el significado del término discrecionalidad sería precisamente ésta. Pero me parece muy poco probable que éste sea realmente el caso: si lo fuera,

tendríamos que asumir el debate en torno a la discrecionalidad sin ninguna expectativa de estar hablando de un objeto común. Probablemente, como ocurre con los principales conceptos relativos al derecho, podamos encontrar un conjunto de características que se dan en el supuesto típico de la discrecionalidad: es decir, en casos en los que todo el mundo coincidiría de que tratamos con el fenómeno de la discrecionalidad (v. gr., la fijación de tarifas por la Comisión Interestatal de Comercio —ICC*—, el reconocimiento o la denegación de una pretensión concreta por parte de un tribunal, la concesión de aplazamientos o indultos por parte del Ejecutivo). Una vez distinguidas las características de los supuestos centrales o claros de ejercicio de discrecionalidad, veremos que hay muchos otros supuestos en los que sólo se dan algunas de las características esenciales del supuesto claro, así que dudaremos o discreparemos en cuanto a la clasificación de tales supuestos como supuestos de discrecionalidad; también aparecerán algunas características de los supuestos centrales en casos que no clasificaríamos habitualmente como ejercicio de discrecionalidad. Esta situación en la que somos capaces de distinguir las características esenciales de un supuesto claro y, por otra parte, supuestos límite en los que se dan algunas de ellas pero no todas es típica, en mi opinión, de la labor de definición en este ámbito. Prefiero este planteamiento de la cuestión semántica a limitarnos a decir que tenemos un *continuum* que se extiende en un área muy amplia y que distinguimos algo que se diluye gradualmente en otros conceptos, puesto que la metáfora del *continuum* no atiende al hecho de que, además de reconocer la vaguedad de los límites de conceptos tales como la discrecionalidad, también identificamos supuestos claros o sencillos, y si no fuéramos capaces de hacerlo, no deberíamos emplear ese término en la comunicación entre nosotros. Pero hay razones más importantes para concentrarnos en las características presentes en aquellos casos que todos coincidiríamos en clasificar como supuestos de discrecionalidad: la primera razón es que no cabe duda de que muchas de las dificultades o preocupaciones relativas a la discrecionalidad planteadas por los miembros del grupo surgen en los casos claros, y el hecho de que haya casos límite dudosos o que pueden considerarse o no como supuestos de discrecionalidad resulta irrelevante para muchos de esos problemas. En segundo lugar, se da aquí, como en muchos casos similares en los que una definición puede ser beneficiosa, la situación que ha estimulado las investigaciones filosóficas desde el inicio de la filosofía: aunque podamos llegar a un acuerdo sobre un conjunto central de fenómenos que constituyen supuestos claros de discrecionalidad, existe en paralelo a este acuerdo sobre el uso del término o, si se prefiere, a su manejo cotidiano, una incertidumbre fundamental en cuanto a los principios que rigen ese uso pacífico. La situación es equivalente a la de una persona que sabe moverse por una ciudad pero sería incapaz de dibujar un mapa de la misma, o al caso algo tosco en el que afirmamos que podemos reconocer un elefante pero no somos capaces de definir el término «elefante». Me parece esencial *explicitar* los rasgos característicos que se dan en los casos no conflictivos de discrecionalidad, y esto sólo puede hacerse mediante algún tipo de análisis reflexivo sobre el uso que efectivamente hacemos de dicho término.

* N. de la T.: La Comisión Interestatal de Comercio (en inglés, *Interstate Commerce Commission*, ICC) era una de las agencias federales más antiguas, creada por la Ley de Comercio Interestatal de 1887 (*Interstate Commerce Act*) y encargada de la regulación del transporte terrestre. La agencia fue suprimida mediante una ley del Congreso durante la presidencia de Bill Clinton en 1995, transfiriéndose sus funciones a la Comisión de Transporte Terrestre (*Surface Transportation Board*).

Por supuesto, las preguntas «¿qué es X?» y «¿para qué usamos en realidad X?» a menudo deben abordarse conjuntamente. Obviamente, es lo que ocurre cuando la expresión en cuestión, X, como la palabra «cuchillo», aparece en una investigación para referirse a un instrumento diseñado para algún fin. En tales casos, el uso que se le dé al objeto forma parte del significado de la expresión, pero si esto es así o no, no puede saberse antes de averiguar cuál es el uso normal del término en cuestión. ¿Es un término instrumental en el sentido en el que lo es la expresión «un cuchillo» o no? Por último, en ocasiones cuando investigamos sobre el sentido de alguna expresión importante, descubrimos que en realidad no hay ningún desacuerdo en cuanto a lo que significa —todo el mundo lo entiende perfectamente— y que el problema está en el uso que se le da al objeto al que se refiere el término. Un ejemplo de esta situación lo encontramos, creo, en el debate sobre qué es el Estado; apenas hay discrepancia en cuanto a que el Estado es de hecho una organización de personas que habitan en un territorio conforme a un cierto tipo de ordenamiento jurídico: la verdadera controversia reside más bien en la forma que debería adoptar el Estado de acuerdo con esas características básicas y qué queremos que [haga] el Estado para nosotros. Estoy de acuerdo en que en estos casos, las cuestiones fundamentales se desvirtúan si se plantean como simples cuestiones de definición. Pero de nuevo sólo podemos saber si este es o no el caso después de haber establecido el contenido mínimo sobre el que estamos de acuerdo en cuanto al uso normal de los términos.

3.

Enumero a continuación un conjunto de ejemplos de supuestos que corresponderían claramente al ámbito convenido del término «discrecionalidad». Lo he hecho para recordarnos la tremenda diversidad de las situaciones en las que aparece este fenómeno, ya que no hay nada más engañoso en este campo que concentrarse excesivamente en un único tipo de ejemplo.

A. *Ejercicio Explícito o Reconocido de Discrecionalidad*

1. *Por parte de los órganos de la Administración*

- a) Fijación de tarifas, v. gr., tarifas ferroviarias, por la ICC.
- b) Concesión de licencias para realizar una determinada actividad comercial.
- c) Control de actividades potencialmente peligrosas, v. gr., órdenes de los Comisarios de Pesca y Caza.
- d) Nombramiento de cargos de la Administración Pública.
- e) Asignación de recursos concebidos para estar a disposición del Gobierno, v. gr., asignaciones de terrenos públicos por la Agencia del Suelo [*Land Department*].
- f) Gestión de los servicios o empresas públicas asumidas por el Gobierno, v. gr., contratos de obras públicas.

2. *Por parte de los tribunales*

- a) Aplicación de criterios por los tribunales
 - I) por el juez, v. gr., «causa razonable o suficiente» en una acusación maliciosa.
 - II) por un jurado bajo la supervisión del juez [v. gr.] «diligencia razonable» en casos de negligencia.

b) Medidas discrecionales, v. gr., medidas cautelares y medidas de ejecución específicas.

c) Fijación de penas en asuntos penales.

B. *Discrecionalidad Tácita u Oculta*

1. Interpretación de leyes.

2. Uso del precedente.

C. *Injerencia o excepción discrecional en relación con normas reconocidas*

1. Un aplazamiento o un indulto.

2. Medidas cautelares frente al ejercicio de recursos legales.

Me he guiado por dos principios en la elaboración y división de la lista de ejemplos.

A. He considerado ejemplos que podrían sugerir que el *tipo* de factor al que correctamente se le atribuiría un peso en el ejercicio de la discrecionalidad varía en diferentes tipos de situaciones, v. gr., habrá una diferencia en este sentido entre supuestos en los que la discrecionalidad se ejerce para distribuir un beneficio o una recompensa (v. gr., la asignación de suelo u otros recursos a disposición del Estado) y los casos en los que hay una injerencia discrecional en lo que *prima facie* puede reconocerse como un derecho ([v. gr.] órdenes que supongan una injerencia en el uso del suelo o del agua con el riesgo de contaminar o dañar la fauna silvestre).

B. Mi división principal está pensada para subrayar el contraste entre los supuestos en los que se reconoce *ab initio* que el control al que debe someterse la esfera procede del ejercicio discrecional (Discrecionalidad Reconocida) más que de reglas específicas, incluso aunque se confíe en que en última instancia se desarrollen reglas durante el ejercicio de las facultades discrecionales y, por otra parte, supuestos en los que inicialmente se intenta regular la discrecionalidad mediante reglas específicas que, sin embargo, en la práctica no ofrecen una única solución a casos determinados debido a que se dan circunstancias ajenas al ámbito de las aplicaciones concretas consideradas en el momento de formular la regla. Ésta es la opción habitual en (1) cuestiones problemáticas de interpretación de leyes o de normas escritas y (2) cuestiones problemáticas sobre el «valor» del precedente y sobre si un supuesto determinado entra en el ámbito de un precedente. La solución pasa por el ejercicio de la discrecionalidad: pero, de nuevo, los factores que deben considerarse en esos ejercicios de discrecionalidad relativos a la aplicación de normas pueden resultar diferentes de los que hay que considerar en los supuestos de Discrecionalidad Reconocida atribuida legalmente a ciertos órganos mediante el uso de los típicos términos «razonable», «conveniente», «justo», «adecuado».

4.

¿En qué consiste, entonces, la discrecionalidad? Al tratar de definir y dilucidar este término, debemos apartar de momento nuestra mirada del derecho, puesto que descubriremos que el fenómeno de la discrecionalidad que nos preocupa en el ámbito del derecho hunde sus raíces en nuestra vida cotidiana, en la que ocupa un lugar importante. Mediante el análisis de los ejemplos relativamente simples que se dan allí,

quizá seamos capaces de formular con claridad las características presentes en los supuestos típicos.

Creo que lo primero que aprendemos al analizar el uso del término fuera del ámbito del derecho es que sería erróneo identificar sin más el concepto de discrecionalidad con el de elección. Son conceptos diferentes aunque relacionados. Merece la pena, en mi opinión, recordar que al fin y al cabo la discrecionalidad es el nombre de una virtud intelectual: es prácticamente un sinónimo de sabiduría práctica o sagacidad o prudencia; es la capacidad de discernir o distinguir qué es lo que debe hacerse en diversos campos, y etimológicamente está relacionada con la noción de discernimiento. Por ello, cuando hablamos de los años de discrecionalidad no nos referimos meramente a la etapa en la que el ser humano es capaz de elegir (puesto que podemos elegir desde mucho antes), sino sólo a la etapa de madurez del juicio o discernimiento que debe aplicarse a la elección. Una persona discreta no es alguien que simplemente permanece callado, sino que elige estar callado cuando el silencio es lo que conviene.

Lo anterior sugiere que hay un tipo de elección que no deberíamos considerar como ejercicio de discrecionalidad, por ejemplo los casos en los que, al elegir, simplemente nos dejamos llevar por nuestros deseos o caprichos personales inmediatos. ¿Tomarás un Martini o un jerez? Eliges un Martini y yo pregunto por qué; tu respuesta es: «Porque me gusta más, eso es todo». Creo que aquí sería absurdo hablar de discrecionalidad; quien elige no asume ningún principio como justificación de su elección: no está tratando de hacer algo que considere sabio, fundamentado o que aplique un principio que merezca reconocimiento racional, ni tampoco incita a ningún tipo de crítica. Por supuesto, podríamos rechazar su elección de muchas formas; podríamos decir: «Deberías haber ejercido algún tipo de discrecionalidad y no haberte limitado a elegir lo que más te apetecía beber». Esto supondría rechazar o celebrar su elección por referencia a criterios de prudencia. La elección del bebedor podría parecerse en algo a un ejercicio de discrecionalidad si, en respuesta a la pregunta «¿Por qué un Martini?», respondiera: «He aprendido por experiencia que me encuentro mejor cuando bebo un Martini que cuando bebo un jerez, no hablo tanto», etc. En ese caso, la elección se hace por referencia a algún principio general que la justifica, lo que de alguna forma permite considerarla fundamentada o sabia, a pesar de que el alcance de dicho principio se limite a la conducta individual de su propia vida y no pretenda tener ningún carácter general más allá. Así que un supuesto en el que elección y discrecionalidad parecen no coincidir es aquél en el que la elección no implica nada más que la expresión del capricho personal, el deseo o la preferencia inmediata. Ésta es una razón por la que diría que si votas a un candidato o a otro en unas elecciones, aunque en ocasiones pueda representar un ejercicio de discrecionalidad, no lo es por el mero hecho de que el votante tenga elección. Un votante que vota a un candidato simplemente porque le gusta está eligiendo, de eso no cabe duda, pero no está ejerciendo ningún tipo de discrecionalidad.

Lo que explica, aunque no justifica, la identificación prematura entre el concepto de discrecionalidad y el de elección es, en mi opinión, lo siguiente:

Cuando consideramos el ejercicio de la discrecionalidad en el derecho, estamos considerando su uso por funcionarios que ocupan un cargo de responsabilidad públi-

ca. Por tanto, se entiende que si lo que hacen los funcionarios no está estrictamente determinado por reglas específicas, sino que se les deja un margen de elección, elegirán responsablemente en atención a su cargo y no se dejarán llevar por sus preferencias o por el puro capricho, aunque por supuesto puede que el sistema no contemple un recurso en caso de que sí se guíen por sus caprichos personales. Quizá se pueda aclarar la situación distinguiendo entre el siguiente par de expresiones: (1) la expresión «margen de discrecionalidad», que se refiere a la autoridad conferida para decidir, entendiendo que la persona facultada para ello ejercerá la discrecionalidad en su elección; y (2) la expresión «discrecionalidad»*, que se refiere a cierto tipo de sabiduría o deliberación como rectoras de la elección, cuyas características trataré de exponer a continuación.

Es posible que resulten más claras si consideramos algunas elecciones que no constituyen un ejercicio de discrecionalidad, pero por razones diferentes a las de los supuestos que hemos visto hasta ahora. Se trata de elecciones en las que no nos limitamos a satisfacer caprichos o preferencias personales momentáneas, sino en las que tratamos de ajustarnos a ciertos principios y defender nuestras elecciones de acuerdo con ellos; sin embargo, puesto que los principios son claros, determinados, muy específicos y definen exclusivamente aquello muy concreto que tenemos que hacer, no los consideramos supuestos de discrecionalidad, algo que resultaría equívoco. Por ver un ejemplo sencillo, supongamos que estoy escribiendo a lápiz, se rompe, y quiero sacarle punta. Miro en el cajón y encuentro un cuchillo, tres cucharas y dos tenedores. Elijo el cuchillo: si me preguntaran por qué, en este caso no respondería: «Porque me gusta», sino probablemente: «Porque quiero sacarle punta al lápiz y ésta es la forma de hacerlo». Aquí resulta absurdo hablar de la elección del cuchillo como un ejercicio de discrecionalidad: era la única opción sensata, y cuando nuestros objetivos son tan concretos, la situación es tan clara como en este caso y la acción adecuada es evidente en cuanto al conocimiento elemental de su resultado, elegimos en efecto correctamente, pero no ejercemos ninguna discrecionalidad. De hecho, no cabe discrecionalidad alguna en un supuesto así. Otro caso en el que tampoco hay margen para la discrecionalidad y sin embargo no nos guiamos por el capricho personal en nuestras decisiones es el de supuestos como el siguiente. Alguien toca el himno de las *Barras y las Estrellas*: me levanto. «¿Por qué te levantas?» No respondo diciendo: «Porque quería», sino que cito la regla establecida que especifica de forma inequívoca lo que tengo que hacer en este caso concreto. Aquí he hecho lo correcto: he elegido bien, pero sería erróneo describir[lo] como un ejercicio de discrecionalidad. Nótese que si cambiamos el ejemplo e imaginamos que estaba valorando el cumplimiento de la regla frente a consideraciones más amplias y hubiera decidido finalmente cumplir la norma, esto se parecería más a un supuesto en el que tendría sentido hablar de discrecionalidad. Es mucho lo que depende de una descripción precisa de la elección que se presenta ante un individuo.

* *N. de la T.*: El autor emplea, en el primer caso, la expresión «*a discretion*», que he traducido por «margen de discrecionalidad» y en el segundo, el término «*discretion*». Para ser lo más fieles posible, hemos traducido este último por «discrecionalidad», que aquí debe entenderse en la primera acepción que ofrece la RAE: «Que se hace libre y prudencialmente».

5.

Así pues, me parece que la discrecionalidad ocupa un lugar intermedio entre las elecciones dictadas por el puro capricho personal o momentáneo y aquéllas realizadas en aplicación de métodos claros para alcanzar objetivos definidos o para adecuarse a reglas cuya aplicación al caso concreto resulta evidente. Se puede poner de manifiesto el carácter positivo de la discrecionalidad comparando los ejemplos vistos hasta ahora con el supuesto siguiente, en el que creo que las principales características de la discrecionalidad aparecen de forma simple. Una joven anfitriona está ofreciendo su primera cena y surge la cuestión de si debería utilizar para esta ocasión los mejores cuchillos: son de plata antigua, muy bonitos, y resaltarían el mantel blanco y las copas. Por otra parte, resultan francamente pesados y algo difíciles de manejar: no están nada afilados y su esplendor podría resultar algo ostentoso. ¿Cuáles son en tal caso los objetivos centrales de la anfitriona? Podemos enumerarlos sin dificultad: una bonita mesa para la cena, admiración, pero también la comodidad de los invitados y particularmente la de un juez mayor y distinguido, de manos algo temblorosas, que asistirá a la fiesta. Así que la anfitriona pondera la situación, piensa en los posibles desastres y en las posibles consecuencias positivas de las opciones que tiene: valora una alternativa en relación con la otra y quizá se pregunte a quién podría consultar. Pregunta a alguien con mucha experiencia en estos temas, una señora mayor que le dice sagazmente que «en conjunto, creo que lo mejor sería usar la segunda mejor cubertería». Puede dar argumentos en ese sentido, como el riesgo de incomodar al viejo Sr. X. y su comportamiento inapropiado cuando algún detalle le irrita: le recuerda a la anfitriona los posibles celos de las invitadas más jóvenes, y cosas por el estilo.

Me parece que en este supuesto sencillo están presentes por todas partes los siguientes rasgos característicos de la discrecionalidad.

A. Al contrario de lo que ocurriría en el caso de sacar punta al lápiz, no hay una opción claramente correcta o equivocada. Podemos afirmar que personas sensatas y honestas adoptarían distintos puntos de vista en la situación de la anfitriona, y aunque hay argumentos a favor de las dos opciones, ninguno es definitivo pese a su relevancia.

B. No hay un objetivo definido claro, aunque podríamos emplear términos generales como «una cena exitosa» para describir en conjunto las distintas aspiraciones de la anfitriona. Sin embargo, esto puede resultar muy engañoso: puede ocultar el hecho de que se refiere a un fin general que puede lograrse de distintas formas, aunque sin duda excluye casi absolutamente un cierto número de cosas como la incomodidad de los invitados, el aspecto desaliñado de la mesa y otras parecidas.

C. No tenemos ninguna certeza en relación con las circunstancias concretas sobre las que se desarrollará la decisión una vez adoptada, aunque pueden preverse hasta cierto punto las consecuencias probables de las elecciones. Esto contrasta con el resultado altamente probable de usar un cuchillo para sacarle punta al lápiz.

D. Dentro del objetivo vagamente definido de una cena exitosa hay distintos valores o elementos (aspecto de la mesa, comodidad de los invitados, etc.), pero no hay principios o reglas claros que determinen la importancia relativa de cada uno de esos valores o, en caso de conflicto entre ellos, cuál debe prevalecer.

E. En este ámbito, las decisiones de la anfitriona o las de su consejera no pueden considerarse «correctas» o «equivocadas», con sus connotaciones absolutas de blanco o negro y la imposibilidad de introducir grados: más bien, emplearíamos términos del

tipo «sabio», «fundamentado», y quizá comparativos como «más sabio», «más fundamentado», «mejor».

F. Si la decisión de la anfitriona fuera cuestionada, ella podría defenderla de dos formas características:

1. Señalaría cómo llegó a adoptar su decisión: que ésta venía precedida de una valoración tan detallada como le resultaba posible de los elementos que definen una cena exitosa; que había tratado de anticipar lo que ocurriría en cualquiera de los dos casos; que había pensado en casos semejantes en su propia experiencia y que había pedido consejo a una persona experimentada. Defender la decisión en este sentido es apelar fundamentalmente al modo en el que se adoptó la propia decisión y el intento honesto de aplicar los principios o valores rectores al caso, así como lograr un cierto equilibrio imparcial entre ellos en caso de conflicto. Es decir, para elecciones de este tipo tenemos una idea bastante clara de cuáles son las condiciones óptimas para adoptar una decisión fundamentada, aunque no tenemos una idea muy definida sobre qué constituye una decisión correcta o equivocada.

2. En lugar de defender la decisión por la forma de adoptarla, la anfitriona podría apelar al éxito de la propia cena.

3. Creo que merece la pena distinguir estas dos líneas de defensa: podríamos referirnos a la primera como *justificación* y distinguirla de la segunda como *reivindicación* de los resultados. Me parece evidente que el ejercicio de la discrecionalidad estaría justificado incluso en casos en los que no se viera refrendado por los resultados. No obstante, podemos aprender de una serie de reivindicaciones de los resultados algunos factores nuevos que llevan al éxito y que debemos tener en cuenta en lo sucesivo si queremos que nuestras decisiones sean justificables. El descubrimiento de factores importantes y, por lo tanto, justificadores, es progresivo y evolutivo.

6.

Prácticamente todos los factores que caracterizan el supuesto de la cena los encontramos en la literatura jurídica en relación con la discrecionalidad en el derecho. Los autores y tribunales que se pronuncian sobre los criterios de fijación de tarifas de la ICC, por ejemplo, utilizan a menudo expresiones como «[E]s imposible resolver esta cuestión como si se tratara de un problema matemático para el que sólo cabe una respuesta correcta»¹. Otras frases comunes son «El carácter indefinido y con frecuencia especulativo de los factores implicados convierte la fijación de tarifas en un ejercicio de discrecionalidad». Por supuesto, hay una constante alusión a la necesidad de expertos y de un comité *experimentado*. A veces, lo mejor que se puede esperar es que se diga que se trata de «una decisión que habrían adoptado personas razonables en vista de los datos disponibles». Se alude a «un sentido indefinido de lo adecuado en determinadas circunstancias». En ocasiones se afirma que los hechos en tales casos no «imponen un resultado», sino que se necesita «criterio».

Estas observaciones típicas y las características del sencillo supuesto planteado ponen de manifiesto que el rasgo distintivo de los casos de discrecionalidad es que queda

¹ ICC v. Union Pac. R. R. Co., 222 U.S. 541, 550 (1912).

margen de elección para la persona a la que se atribuye discrecionalidad, y esa elección no está determinada por principios que puedan formularse de antemano, aunque se puedan identificar los factores que deben ser objeto de consideración y ponderación.

7.

Para avanzar, debemos considerar ahora las preguntas 2 y 3 y plantearnos por qué aceptamos en un ordenamiento jurídico una forma de decisión como la que hemos discutido y si en efecto debemos aceptarla. Creo que la respuesta a la pregunta de *por qué* es, en pocas palabras: *porque somos hombres, no dioses*, y como parte de nuestra naturaleza humana, nos encontramos ante situaciones en las que tenemos que elegir con dos inconvenientes. Al primero lo llamaré Ignorancia Relativa del Hecho, y al segundo, Indeterminación Relativa del Objetivo. Ambos factores se nos pueden presentar en un determinado ámbito por separado o conjuntamente: en cualquier ámbito en el que queramos regular con carácter previo mediante principios o reglas generales que puedan invocarse en ocasiones ulteriores concretas, vemos limitada nuestra capacidad por ellos. A veces, la limitación que imponen los factores es tan inmediatamente evidente que no intentamos establecer reglas específicas sino que conferimos *ab initio* un poder discrecional a algún funcionario o autoridad: son los casos de Discrecionalidad Reconocida. En otros ámbitos en los que estas limitaciones no son tan evidentes, tratamos de establecer reglas, y aunque pueden permitirnos operar en un espacio muy amplio, surgen casos en los que las reglas quiebran y no ofrecen una única respuesta para un supuesto determinado: es el caso de la Discrecionalidad Tácita u Oculta.

Pensemos ahora en la primera de estas limitaciones: la Ignorancia Relativa del Hecho. Si el mundo en el que tuviéramos que actuar y elegir (1) consistiera en un número finito de rasgos o características, (2) dichas características se combinaran en un número finito de formas, [y] (3) conociéramos en profundidad tanto las características como las formas de combinación, entonces siempre sabríamos por adelantado todas las circunstancias posibles en las que surgiría un problema de aplicación de una regla, y por tanto, al diseñar la norma, podríamos especificar exhaustiva y anticipadamente todos los casos en los que se aplicaría y aquellos en los que no. Así pues, por usar la expresión del Sr. Braucher, nuestras etiquetas «se ajustarían claramente» a los hechos, y no se ajustarían del modo vago en el que ahora nos parece que lo hacen en muchos casos. Pero eso sería el mundo de la Filosofía del derecho mecánica, que desde hace tiempo hemos aprendido que no es nuestro mundo. Nuestro mundo es francamente distinto: cuando somos tan osados como para diseñar una norma de conducta (v. gr., no pueden entrar vehículos en el parque), tenemos en mente ciertas aplicaciones concretas de la norma: son los casos paradigmáticos en los que la regla prohíbe sin ningún género de dudas coches, caballos y carros, motocicletas y autobuses. Pero el conjunto de todas las circunstancias posibles en las que puede plantearse la aplicación de la norma, de tal forma que nos preguntemos, a tal efecto: «¿Es esto un vehículo?» no se limitan a dichos supuestos claros. Descubriremos que los casos en los que se plantea la aplicación de la norma no se dividen en los supuestos claros en los que se aplica la norma y, por otro lado, los supuestos en los que nada de lo que prevé la norma está presente en el parque, sólo pájaros, flores y niños. Más bien al contrario, habrá casos

límite que, o bien no anticipamos o bien no pudimos anticipar: son los casos de los patines, bicicletas, cochecitos de bebé y coches motorizados de juguete. Y ante ellos, nos formulamos la típica pregunta intermedia: «¿A esto lo debemos *llamar* vehículo?». Aunque algunos de esos casos conflictivos no podríamos haberlos anticipado o imaginado con antelación, cuando surgen nos vemos obligados a considerar si la regla se aplica o no: tales casos imprevistos compartirán sin duda algunas características con los supuestos típicos claros, y sin embargo se diferenciarán de ellos en ciertos aspectos relevantes, viniendo la propia relevancia determinada por muchos factores complejos del ordenamiento jurídico y dependiendo de los objetivos que asociamos a una norma de este tipo.

Hasta ahora he considerado el factor denominado Ignorancia Relativa del Hecho. Pensemos ahora en el segundo factor, la Indeterminación del Objetivo. Este factor está estrechamente relacionado con el primero, pero no cabe duda de que se dan casos en los que ambos pueden aparecer independientemente o por separado. Supongamos que mi objetivo asociado a la norma que prohíbe los vehículos en el parque fuera crear parques diseñados para que la gente descansa, juegue y camine libremente sin las estrictas precauciones necesarias en la calle. Se trata entonces de un objetivo determinado en la medida en que sabemos que hemos decidido tratar de lograrlo en los casos típicos claros reconocibles como sujetos a la aplicación de la norma: es decir, sabemos que queremos una tranquilidad en el parque con respecto a motos, bicicletas y autobuses. Por otra parte, aunque opongamos este objetivo general de tranquilidad en el parque a aquellos casos que no podíamos anticipar *ab initio*, v. gr., la vespa, el coche de motor eléctrico de juguete (probablemente muy rápido, relativamente peligroso para los ancianos, pero muy divertido para los jóvenes), nuestro objetivo resulta indeterminado en estos sentidos: no hemos establecido si cabe sacrificar algo de tranquilidad en el parque, y en ese caso cuánta, a favor del interés o placer que algunos obtienen con el uso de esos objetos.

Cuando surge el caso real, tenemos que ponderar y elegir o lograr un cierto equilibrio entre intereses en conflicto, y así concretar nuestro objetivo inicial. En supuestos de este tipo, los dos factores que limitan nuestra capacidad de regulación *ab initio* aparecen juntos.

Pensemos ahora en casos en los que la discrecionalidad es Explícita o Reconocida, como cuando los tribunales aplican un criterio variable, v. gr., el criterio de la diligencia debida en supuestos de imprudencia civil. Muy a grandes rasgos, la ley establece, por supuesto, que una persona tiene derecho a una indemnización si los daños sufridos, especialmente en caso de lesiones, son consecuencia de que un tercero no ha adoptado una diligencia razonable para evitarlos. Pero ¿en qué consiste la diligencia debida o razonable en cada caso concreto? Por supuesto, podemos citar ejemplos típicos de diligencia debida: conductas tales como detenerse, mirar y escuchar cuando se espera que haya tráfico. Pero sabemos de sobra que las situaciones que requieren diligencia son extraordinariamente variadas y que pueden intervenir muchos otros factores aparte de detenerse, mirar y escuchar: de hecho, puede que no baste con eso y que hasta resulte inútil si mirar no ayuda a conjurar el peligro o a ver nada. Lo que buscamos en la aplicación del criterio de la diligencia razonable es (1) asegurar que se adopten precauciones que evitarán un daño sustancial y, a la vez, (2) que las precauciones ade-

cuadas no impliquen un sacrificio excesivo en relación con otros intereses legítimos. No hay ningún sacrificio en detenerse, mirar y escuchar salvo, claro está, que estemos llevando en coche [a] un hombre que se desangra al hospital. Sin embargo, debido a la inmensa variedad de supuestos en los que puede requerirse la aplicación de diligencia, no podemos prever *ab initio* las combinaciones de circunstancias que se producirán ni anticipar con precisión los intereses que habrá que sacrificar, y en qué medida, si corresponde adoptar una precaución para evitar un daño. Así, antes de que surjan los casos concretos, somos incapaces de determinar con exactitud qué sacrificio o ponderación de intereses o valores nos parece deseable para reducir el riesgo de daño. De nuevo, nuestro objetivo de asegurar a las personas frente al daño es indeterminado hasta que lo ponemos a prueba o lo entendemos en el contexto de las posibilidades que sólo se nos presentan a través de la experiencia: cuando esto ocurre, entonces nos enfrentamos a una decisión que, al adoptarse, determinará en esa medida nuestro objetivo.

8.

La fijación de tarifas por parte de la Administración es sin duda un ejemplo más dramático de los factores que hacen de la discrecionalidad algo inevitable en este tipo de situaciones humanas. Queremos una tarifa que sea razonable y justa, pero este objetivo, como el de una cena exitosa, es [una] especie de gran matriz que puede rellenarse o completarse de innumerables formas. Como ocurre habitualmente, habrá casos claros e identificables de lo que no es una tarifa razonable: una tarifa que por su alto coste supusiera extorsionar a la población para un servicio esencial sería contraria a cualquier propósito asociado a la regulación de las tarifas; por otro lado, quizá más discutible, una tarifa demasiado baja como para constituir un incentivo para gestionar la organización ferroviaria o como para ofrecer una remuneración superior a la labor de barrer las calles, normalmente debería rechazarse. Pero es evidente para cualquiera familiarizado con este ámbito de la discrecionalidad que éstos son sólo algunos de los principales elementos: otros casos ponen de manifiesto distintos factores que deben tenerse en cuenta. Puede haber tarifas que, debido a la importancia de la industria local, amenazarían la prosperidad de millones de personas pero que, al margen de esta consideración, parecerían perfectamente justas. Ésta es sólo una de las dificultades que impiden la formulación de reglas *ex ante*: y de nuevo aparece la necesidad de la discrecionalidad, a partir del intento de regular un ámbito en el que las combinaciones previsibles del hecho relevante son relativamente pocas y conllevan una relativa indeterminación del objetivo. Desde luego, esperamos desarrollar reglas a través de la experiencia: esto dependerá de la medida en la que los factores comunes aparezcan en las distintas situaciones; en ciertos casos han aparecido y, o bien constituyen una base satisfactoria para determinadas reglas, o permiten identificar un factor que siempre deberá ser considerado por el órgano que ejerza la discrecionalidad en estos ámbitos. Por supuesto, las murallas de las decisiones de la ICC están construidas con los cadáveres de las esperanzas vanas puestas en esas reglas (definiciones de tarifas razonables en términos de rentabilidad justa sobre el valor de intercambio, valor de sustitución, valor de inversión, etc.).

A la espera del desarrollo de reglas, la discrecionalidad deberá ocupar su lugar, puesto que verdaderamente se trata de un campo en el que hombres honestos y razonables pueden discrepar, independientemente de la información que tengan de los hechos relativos a los casos concretos.

Así pues, en ámbitos como éstos, y una vez reconocido qué hace inevitable la discrecionalidad, lo más importante es identificar cuáles son las condiciones óptimas para su ejercicio, puesto que cuando no podemos estar seguros de acertar, al menos podemos hacer todo lo posible por generar las mejores condiciones para adoptar una decisión.

No creo que sea exagerado decir que las decisiones que implican discrecionalidad son racionales, fundamentalmente por la forma en que se adoptan, pero por supuesto el término «forma» debe entenderse aquí en el sentido de que incluye no sólo factores estrictamente procedimentales y la exclusión deliberada del interés privado, el perjuicio y la aplicación de la experiencia en ese campo, sino también el esfuerzo concreto por identificar los diversos valores que deben tenerse en cuenta y someterse a algún tipo de jerarquía o subordinación en el ejercicio de la discrecionalidad.

9.

Lo anterior es, sin duda, una mera presentación preliminar e inevitablemente demasiado general: lo que conviene ahora es tomar el ejercicio de la discrecionalidad en varios ámbitos (como quizá aquéllos a los que se refieren los ejemplos del apartado 3) y determinar los factores que deben ser considerados en cada campo para un ejercicio fundamentado de la discrecionalidad. Creo que las condiciones óptimas para el ejercicio de la discrecionalidad resultarán muy distintas en el caso de que el recurso de la discrecionalidad se contemple, digamos, de forma sólo tácita o como corolario de reglas de otros supuestos. Me parece claro, por ejemplo, que cuando la discrecionalidad se ejerza en el transcurso de decisiones judiciales que tratan de aplicar normas, el peso de factores tales como la coherencia con otras partes del ordenamiento será especialmente importante, mientras que apenas lo será en supuestos de Discrecionalidad Reconocida ejercida, pongamos, por un órgano de fijación de tarifas.

Es evidente que los intereses de este grupo pueden orientarse a diferentes elementos del fenómeno global de la discrecionalidad que he intentado caracterizar: algunos miembros del grupo quizá consideren muy importante identificar y definir los factores cuya consideración será una parte del ejercicio fundamentado de la discrecionalidad; a otros les interesará más el ámbito y el alcance de la discrecionalidad que haya de atribuirse a las autoridades en distintas circunstancias.

Yo mismo me he concentrado en este trabajo declaradamente introductorio en el «salto» que necesariamente implica la discrecionalidad después de haber hecho todo lo posible para garantizar las condiciones óptimas para su ejercicio. Es importante porque algunas expresiones utilizadas habitualmente para describir el ejercicio de la discrecionalidad, tales como «intuición» [y] «reconocimiento de un objetivo rector implícito», pueden alimentar la ilusión de que nunca se da la situación en la que hemos de conciliar valores contradictorios o elegir entre ellos sin un principio último que nos

sirva de guía. Creo que la sugerencia de que nunca se da ese «salto» es tan errónea como lo sería una descripción de la discrecionalidad como una elección meramente arbitraria. Me parece claro que, precisamente porque hay un punto en el que ya no podemos guiarnos por principios y como mucho podemos limitarnos a solicitar la confirmación de nuestro criterio a personas que han seguido un procedimiento parecido antes de adoptar una decisión, la discrecionalidad es una esfera en la que los argumentos a favor de una decisión u otra pueden ser racionales sin ser definitivos. No hay duda de que aprendemos a través de sucesivos ejercicios de discrecionalidad en un ámbito similar y descubriendo lo que en el sentido explicado más arriba cabe reivindicar como la identificación de los factores que deberán tenerse en cuenta para justificar decisiones ulteriores. Lo que más atención merece en este campo es, en mi opinión, el estudio de los criterios a los que apelamos cuando, al revisar un abanico de decisiones discrecionales pasadas, decimos cosas como: «Ese fue un equilibrio satisfactorio entre distintos valores». ¿Estamos invocando aquí el criterio de una pluralidad de espectadores imparciales o están operando principios más definidos?

(Traducción de Juan Ramón de Páramo)

RELEYENDO A HART*, **

Riccardo Guastini

Università degli Studi di Genova
guastini@unige.it

RESUMEN. El autor repasa las ideas centrales de *The Concept of Law* de H. HART tratando de evaluar su originalidad y novedad y de discutir su corrección. De esta manera, se discuten las nociones hartianas de regla social, punto de vista interno y externo, obligación, reglas primarias y secundarias y regla de reconocimiento, así como la teoría de HART de la interpretación jurídica y su crítica al realismo.

Palabras clave: HART, teoría del Derecho, teoría de la interpretación, crítica al realismo jurídico.

Reading Hart Again

ABSTRACT. The author examines the central ideas in *The Concept of Law* by H. L. A. HART to assess and discuss their originality and soundness. The hartian notions of social rule, internal and external point of view, obligation, primary and secondary rules and rule of recognition are under discussion as well as HART's theory on legal interpretation and his criticism against realism.

Keywords: HART, legal theory, theory of interpretation, criticism against legal realism.

* Fecha de recepción: 5 de septiembre de 2014. Fecha de aceptación: 21 de octubre de 2014.

** Una versión inicial del presente trabajo se presentó en el XVIII Congreso Hispano-Italiano-Francés de Teoría del Derecho celebrado en la Universidad Carlos III de Madrid bajo la organización del Grupo de Investigación sobre el Derecho y la Justicia (GIDYJ).

Sin duda *The Concept of Law* (1961) —conjuntamente con la segunda edición de la *Reine Rechtslehre* de Kelsen (1960), *On Law and Justice* de ROSS (1958) y *Normative Systems* de ALCHOURRÓN y BULYGIN (1971)— es uno de los más estimulantes trabajos de teoría analítica del derecho publicados en la segunda mitad del siglo pasado.

Sin embargo, tengo dificultad para comprender las razones de su éxito planetario. No sólo en el mundo anglosajón (esto es fácilmente explicable con banales observaciones de historia de la cultura jurídica y, tal vez, de sociología de la academia) sino, sorprendentemente, también en Italia y, sobre todo, en los países de lengua española.

Estoy de acuerdo en que casi todas las ideas centrales de este libro son sugestivas pero casi todas, a mi modo de ver, son también imprecisas o decididamente equivocadas y algunas de ellas, realmente, son poco interesantes.

1. REGLA SOCIAL

Comenzamos por el concepto de regla social que muchos consideran como una de las contribuciones fundamentales de HART a la teoría del derecho. A mí me parece que es un concepto no original y poco interesante por tres razones:

a) HART está preocupado por la confusión que según su opinión se encuentra en AUSTIN, entre reglas (o normas) y regularidades. Las reglas sociales son precisamente reglas, subraya HART, no meros hábitos y los súbditos obedecen al soberano no por mera costumbre, como pensaba AUSTIN, sino en cumplimiento de una regla (la regla de reconocimiento que, nótese, aparece aquí como una regla de conducta que ordena obedecer al soberano).

Esto es correcto (salvo por el problema del que hablaré más adelante), pero la distinción entre reglas y regularidades, a pesar de la nueva formulación (es nuevo el concepto de «aspecto interno» de las reglas), no tiene nada de original. Que las meras regularidades sean algo diferente de las reglas es francamente una obviedad, tanto como la distinción entre hechos y normas.

b) Por otro lado, el concepto hartiano de regla social no es más que la reformulación, por muy sofisticada que sea, del concepto corriente de costumbre. En particular, el aspecto interno de las reglas no parece nada diferente de la tradicional *opinio juris seu necessitatis*, concebida por los juristas como elemento esencial de cualquier norma consuetudinaria.

c) La teoría del derecho de HART —de manera no muy diferente a la de AUSTIN— tiene por objeto los sistemas jurídicos de los estados modernos y no el derecho internacional o los ordenamientos primitivos (o la denominada *lex mercatoria*). Sin embargo, en el Estado moderno casi todas las reglas jurídicas vigentes son reglas no ya consuetudinarias sino «puestas» deliberadamente, promulgadas por una u otra autoridad normativa (el poder constituyente, el poder legislativo, el poder ejecutivo y al menos, en algunos casos, el poder jurisdiccional). Así pues, es evidente que el concepto de regla social reviste un papel bastante limitado en la descripción de la naturaleza y de la estructura de los ordenamientos estatales. Admitamos por hipótesis que este

concepto lanza alguna luz sobre la naturaleza de la regla de reconocimiento, como pretende HART. Sin embargo, su utilidad heurística se acaba aquí.

2. PUNTO DE VISTA INTERNO Y PUNTO DE VISTA EXTERNO

Una idea central en el libro de HART es, sin duda, la distinción entre «punto de vista interno» y «punto de vista externo» ante el derecho. Esta idea ha tenido un gran éxito en la literatura pero me parece una idea carente de precisión.

HART caracteriza los dos «puntos de vista» de dos modos diferentes. Por un lado, utiliza los conceptos psicológicos de «comportamiento» y de «aceptación». Por el otro, utiliza los conceptos lógicos (o lingüísticos) de «enunciado interno» y «enunciado externo». Dejemos de lado la caracterización psicológica que no parece muy promisoría ya que no sabemos cómo averiguar el estado psicológico de los ciudadanos, de los juristas, de los jueces, o de los funcionarios de las administraciones. Conviene, por el contrario, hacer un comentario sobre la caracterización lógica.

a) El estatuto lógico de los enunciados externos es bastante claro: se trata de enunciados del lenguaje descriptivo. Pueden ser proposiciones meramente fácticas (punto de vista externo «extremo») o bien proposiciones normativas (punto de vista externo «moderado»). Pero en ambos casos son enunciados de los que se pueden predicar su verdad y la falsedad.

Parece natural pensar que el discurso «externo» sea típicamente el discurso de la ciencia jurídica entendida como *expository jurisprudence*: descripción axiológicamente neutra del derecho vigente (*law in force*). Pero, por lo que parece, no es esta la opinión de HART. Según él, aparentemente, no se puede conocer el derecho si no desde el punto de vista interno.

Escribe ROSS, recensionando *The Concept of Law*: «Ante todo Hart está interesado en el lenguaje interno [...]. Manifiesta poco interés en el lenguaje externo. Cuando ocasionalmente se refiere a él parece considerar a los miembros de minorías disidentes en un grupo como los usuarios de este lenguaje. Al rechazar las reglas, los disidentes hablan acerca de las reglas sólo desde el punto de vista de lo que probablemente ocurrirá si las reglas son violadas. Es para mí sorprendente que Hart no vea, o de todas formas no mencione, el uso más obvio del externo en boca de un observador que, como tal, ni acepta ni rechaza las reglas sino que solamente informa sobre ellas: el dogmático en tanto que su tarea no consiste en formular enunciados verdaderos acerca del derecho actualmente vigente» (ROSS, 1990: 321; trad., 1994: 472).

b) Según HART, como decía, parece que no se puede conocer el derecho si no es desde el punto de vista interno y es por esta razón que el estatuto lógico de los enunciados internos resulta, como poco, oscuro.

HART parece pensar —y con él muchos de sus seguidores (entre los que se encuentra RAZ) piensan claramente— que los enunciados internos tienen valores de verdad, o sea que *describen* el derecho. Según parece, su opinión es que no se puede sensatamente hablar de reglas (en la medida que serían cosas diferentes de las regularidades) si no han sido *previamente aceptadas*. Así que los enunciados internos resultan el único

modo apropiado de describir un sistema jurídico: incluso, sorprendentemente, en el caso de un sistema jurídico que ya no está vigente como el derecho romano (¿pero en qué sentido puede haber «aceptación» del derecho romano o de su regla de reconocimiento?).

Sin embargo, es bastante obvio que los enunciados internos pertenecen al lenguaje *normativo*: ellos no describen reglas, sino que reproducen o aplican reglas. Los enunciados que reclaman derechos, promueven pretensiones o critican un comportamiento (son ejemplos ofrecidos por el propio HART) no admiten una interpretación descriptiva. Para decirlo con BULYGIN, los enunciados internos «no son enunciados en absoluto: son prescripciones disfrazadas (reglas aplicadas o pretensiones basadas en reglas). No son, por cierto, idénticas a las reglas: una cosa es *crear una regla* (como, por ejemplo, cuando una autoridad dicta una norma) y otra muy distinta, *usar una regla ya dictada*. Pero los enunciados internos comparten con las reglas una propiedad importante: ambos son prescriptivos y ninguno de ellos es un enunciado fáctico y, por consiguiente, carecen de valores de verdad. No se puede sostener que los enunciados internos son prescriptivos o normativos y al mismo tiempo verdaderos o falsos [...]. Un positivista consecuente sólo puede describir el derecho por medio de enunciados externos» (BULYGIN, 1995: 103 y 105; trad., 1991: 180 y 182).

Finalmente, los enunciados internos de HART se revelan anfibios, como las «proposiciones del derecho» de DWORKIN (1978); no son normas, evidentemente, ya que presuponen normas, pero no son ni siquiera proposiciones normativas (*i. e.* descriptivas de normas) porque, evidentemente, ellas mismas tienen carácter normativo. La idea de una descripción «no comprometida» de reglas o normas —la idea misma de ciencia jurídica— parece del todo extraña al pensamiento de HART. Podríamos decir que no distingue entre el conocimiento del derecho propiamente dicho (que exige la adopción del punto de vista externo) y la dogmática jurídica (que es una práctica «interna» al derecho no meramente descriptiva). Esto emerge con claridad también de su análisis del concepto de obligación.

3. OBLIGACIÓN

HART critica el análisis predictivo (benthamiano y austiniano) de los enunciados existenciales sobre las obligaciones —«Ticio tiene la obligación *x*» significa «Ticio probablemente incurrirá en una sanción si no hiciera *x*»— aduciendo principalmente dos argumentos.

En primer lugar, no es plausible afirmar que un juez, cuando formula enunciados de este tipo, esté haciendo previsiones en torno a su propio comportamiento.

En segundo lugar, no es en absoluto contradictorio decir que alguien tiene una obligación y que, sin embargo, probablemente no recibirá ninguna sanción.

a) Esta última observación es correcta. Es bastante obvio que el enunciado «Ticio tiene una obligación», entendido como proposición *normativa* (*i. e.* como enunciado existencial sobre una norma), no contradice la proposición *fáctico* probabilista «Ticio no incurrirá en una sanción» por la banal razón de que las dos proposiciones tienen objetos diferentes e inconexos (normas y hechos respectivamente).

Sin embargo, a HART se le olvida el problema subyacente a la tesis benthamita: ¿Cuáles son las condiciones de verdad de la proposición normativa que afirma la existencia de una obligación? La idea de BENTHAM es que la verdad del enunciado fáctico «Ticio probablemente incurrirá en una sanción» es condición necesaria de la verdad de la proposición normativa «Ticio tiene una obligación», esto es, de la proposición que afirma que una norma dada tiene vigencia (*in vigore*). Evidentemente, HART piensa de forma cándida que la existencia de una formulación normativa es condición suficiente de verdad de una proposición normativa.

b) Aunque la primera observación de HART (los jueces no hacen predicciones sobre sus propias decisiones) es, a primera vista, impecable, está, sin embargo, totalmente fuera de lugar.

Cualquiera debería comprender que el análisis predictivo de los enunciados sobre obligaciones pretende capturar no ya los usos lingüísticos de los jueces, sino los de la ciencia jurídica; de la *expository jurisprudence* para decirlo con BENTHAM. Aquello que BENTHAM y AUSTIN pretendían no era «reemplazar a un enunciado teórico formulado por quienes desean expresar su aceptación del derecho, ni formular pretensiones o reclamos, sino que pretenden describir —en forma científicamente neutral— el derecho tal y como es y no como debe ser» (BULYGIN, 1995: 107; trad., 1991: 184).

Para quien sólo pretende describir el derecho en vigor —lo que es diferente de aplicarlo o de repetirlo como el eco— es completamente sensato sostener que no subsiste ninguna obligación en ausencia de sanción previsible.

c) Según HART, los enunciados en términos de obligación justifican la crítica de las conductas desviadas. Esto es tanto como decir que se trata de enunciados normativos («internos») que se refieren a reglas *previamente aceptadas*; en otras palabras: no se puede hablar de obligaciones si no es desde el punto de vista interno. Desde el punto de vista externo —o sea, sin aceptación previa de una regla— se puede decir que alguien está «obligado», es decir, constreñido, no que tenga una obligación.

De nuevo parece que HART no consigue ni siquiera imaginar un discurso separado, «*detached*», meramente descriptivo, sobre obligaciones y/o sobre normas.

4. REGLAS PRIMARIAS Y SECUNDARIAS

Es opinión común que una de las ideas más importantes del libro de HART es la distinción entre reglas primarias y secundarias. La distinción no es particularmente original (salvo en la terminología). Aquélla se encuentra ya en KELSEN y en la Escuela de Viena (el derecho, insiste KELSEN, disciplina su propia creación y aplicación). En la versión de HART, además, es una distinción muy imprecisa que deja abiertos más problemas de los que resuelve.

Los conceptos de regla primaria y de regla secundaria no son claros en absoluto. A veces, HART caracteriza los dos tipos de reglas por su contenido normativo (por su modalidad hohfeldiana): son primarias las reglas que imponen obligaciones, secundarias las que confieren poderes. Otras veces, por el contrario, las caracteriza por la posición que ocupan en el sistema jurídico: las reglas primarias son reglas de conducta (tiene

como objeto la conducta), y las reglas secundarias tienen como objeto a las propias reglas primarias (o sea, versan sobre ellas: son metarreglas).

Evidentemente, las dos caracterizaciones no son equivalentes y las clases de reglas identificadas de uno y otro modo no son coextensivas. Intentemos, de todos modos, tomarnos en serio ambas caracterizaciones.

a) *Obligación frente a poder*. Es bastante evidente que esta pareja conceptual no agota el universo de las reglas jurídicas y deja abiertos numerosos problemas de análisis del lenguaje jurídico.

¿Qué debemos pensar de las reglas permisivas, por ejemplo aquellas que confieren derechos de libertad? Son, evidentemente, reglas de conducta del mismo modo que las que imponen obligaciones. Sin embargo, *prima facie* no imponen obligaciones, ni tampoco confieren poderes (a menos de «reducirlas», mediante las oportunas manipulaciones conceptuales, a reglas de otro tipo, en contraste con el programa antireduccionista perseguido por HART).

¿Qué debemos pensar de las reglas de derogación expresa («queda derogada la regla R»)? Tampoco éstas imponen obligaciones ni confieren poderes. Son metarreglas pero no son reglas de conducta ni reglas de competencia.

¿Qué decir además de las reglas que imponen obligaciones a los poderes públicos (al legislador, al juez, etc.)? *Prima facie* son primarias ya que, precisamente, imponen obligaciones. Pero parece más natural considerarlas secundarias desde el momento que circunscriben poderes (si bien no se puede decir, en sentido estricto, que los confieran).

¿Y qué decir, todavía, de la regla de reconocimiento? Se puede sostener (algunos sostienen) que impone la obligación de observar las reglas primarias, pero esto la convierte, paradójicamente, en una (meta-)regla primaria de conducta. Por otro lado, se puede sostener que confiere poderes sólo si se la identifica con la conjunción de las reglas de cambio, pero esto le priva de cualquier tipo de autonomía conceptual que era tan deseada por HART. Se puede, por el contrario, concebirla como una regla que simplemente permite identificar las restantes reglas del sistema jurídico (es la tesis de BULYGIN, «Sobre la regla de reconocimiento») pero, entonces, ni impone obligaciones ni confiere poderes de ningún tipo. Ahora bien, sobre la regla de reconocimiento volveré dentro de poco.

b) *Reglas frente a metarreglas*. Si las normas secundarias son metarreglas, como sugirió BOBBIO en numerosas ocasiones, alguno de los problemas indicados más arriba se resuelven. Por ejemplo, una regla de derogación expresa es claramente secundaria, aunque queda el problema de que ni impone ni confiere poderes. Las reglas de conducta permisivas son reglas y no metarreglas, pero queda el problema de que no imponen obligaciones.

Por otro lado, la distinción de HART parece sugerir que los niveles de lenguaje normativo presentes en un sistema jurídico se reducen a dos: el nivel «primario» (lenguaje-objeto) y el «secundario» (metalenguaje). Esto —como ha observado BOBBIO (1975)— no es convincente.

¿Las reglas de cambio versan sólo sobre reglas de conducta o también sobre las reglas de adjudicación? Si versan también sobre las reglas de adjudicación, como pa-

rece natural pensar, entonces se colocan no en el segundo sino en el tercer nivel de lenguaje.

Tal vez, la distinción de HART debería ser banalmente reconducida a la distinción tradicional de reglas de conducta frente a reglas de competencia, si bien luego habría que introducir cuidadosamente distinciones dentro de cada una de las dos clases. De modo que, la regla de reconocimiento no pueda ser persuasivamente subsumida ni en la clase de las reglas de conducta ni en las de competencia.

5. REGLA DE RECONOCIMIENTO

La idea de regla de reconocimiento es, sin duda, una muy buena idea (a condición de precisarla). Por lo demás, es todavía mejor la tesis de que tal regla, situándose en el ápice del sistema jurídico, no es —ni puede ser por razones lógicas— ni válida ni inválida. Sin embargo, en el modo en que HART la caracteriza hay una serie de problemas.

a) Sobre la naturaleza de la regla de reconocimiento, HART tiene, evidentemente, ideas poco claras. Al criticar a AUSTIN por no distinguir entre reglas y regularidades (o hábitos), sugiere aparentemente que la regla de reconocimiento es un imperativo —y por tanto una (metarregla) de conducta— que ordena obedecer a las (ulteriores) reglas de conducta que son o serán promulgadas por el «soberano» (*i. e.* por las diferentes autoridades normativas de conformidad con las reglas de cambio). Se vuelve a plantear la pregunta: ¿pero las reglas de conducta no son «primarias»?

A pesar de esto, de todo lo que dice de la regla de reconocimiento cuando la trata expresamente, parece claro que se trata no ya de una (meta-)regla de conducta sino más bien de un criterio —o de un conjunto de criterios, un macrocriterio— de identificación de las restantes reglas de sistema. Ahora bien, evidentemente —como ha aclarado bien BULYGIN (1976)— un criterio de identificación *no* es una regla de conducta; es más bien una regla conceptual, esto es, una definición (una definición de «regla válida» o de «regla perteneciente al sistema»). Sea dicho incidentalmente, del mismo modo que un criterio de identificación no disciplina la conducta, tampoco confiere poderes. Como bien dice CARACCILO («Sistema jurídico y regla de reconocimiento», 1991), aceptar una regla conceptual no es lo que mismo que aceptar las reglas identificadas con los criterios que ella establece.

b) Por otra parte, HART repite varias veces que la regla de reconocimiento es objeto de «aceptación» por parte de los jueces y de los funcionarios públicos, del mismo modo que son objeto de aceptación las reglas primarias de conducta. Parece evidente que una regla conceptual no puede ser «aceptada» en el mismo sentido en que puede ser «aceptada» una regla de conducta. Desdichadamente, no se encuentra en HART la distinción —sugerida por CARACCILO— entre una «aceptación» meramente cognitiva —un «reconocimiento» propiamente dicho— y una «aceptación» ético-política (volitiva) valorativamente comprometida. Una cosa es usar un criterio para identificar o reconocer algo y otra es adherirse a una prescripción, o sea, conformarse a la misma.

c) Pero el problema principal de la regla de reconocimiento es, tal vez, el que se ha apuntado antes: ¿qué relación mantiene la regla de reconocimiento con las reglas

de cambio? ¿Las menciona o, por el contrario, se identifica con ellas (o las sintetiza)? No está claro.

En un pasaje, HART dice que la regla de reconocimiento se refiere a las reglas de cambio. Pero en otros pasajes —especialmente en la nota en la que discute la norma fundamental de KELSEN— HART parece identificar la regla de reconocimiento con el conjunto de reglas de cambio (así lo considera también BOBBIO, 1975).

«*Enactment by the Queen in Parliament*» —dice HART— es el criterio de validez, o sea, la regla de reconocimiento, del Reino Unido. El problema es que «*Enactment by the Queen in Parliament*» es, al mismo tiempo, una regla de cambio. Desde este punto de vista, como decía más arriba, la regla de reconocimiento carece de cualquier tipo de autonomía conceptual.

Por otro lado, la regla que confiere a «*the Queen in Parliament*» el poder legislativo es también una regla constitucional; es, por así decir, el núcleo mismo de la constitución del Reino Unido. Una constitución —al menos en un sentido «sustancial» de esta palabra— consiste, precisamente, en un conjunto de reglas de cambio o de reglas sobre las fuentes (como piensa KELSEN y como parece pensar el propio HART). De aquí se sigue que identificar la regla de reconocimiento con las reglas de cambio equivale a confundir la regla de reconocimiento con la constitución.

Escribía HART, ya en 1954, introduciendo la edición por él preparada de *The Province of Jurisprudence Determined* de AUSTIN «afirmar que un sistema jurídico existe implica [...] que hay una general aceptación de una regla constitucional, simple o compleja, que define el modo en que las reglas ordinarias del sistema deben ser identificadas» (xii). Aunque aquí HART no usa de nuevo la expresión «regla de reconocimiento», la confusión resulta evidente.

Confundir regla de reconocimiento y constitución es un error macrosópico. Por un lado, la regla de reconocimiento no puede ser la constitución misma porque, como dice en ocasiones el propio HART, ella *se refiere* (hace remisión, mencionándola) a las reglas de cambio, o sea, a la constitución. Por otro, la regla de reconocimiento no puede identificarse con la constitución por banal razón de que también debe ser «reconocida» mediante tal regla.

6. INTERPRETACIÓN

La teoría de la interpretación de HART es tan simple y clara como ingenua y engañosa: desde su punto de vista, los problemas de interpretación son *exclusivamente* (ya que no menciona otros) problemas de subsunción de casos concretos —los «casos difíciles»— en las clases de casos determinados en el antecedente de las reglas.

Tales problemas —problemas de «reconocimiento» en la terminología de AL-CHOURRÓN y BULYGIN— derivan de la inevitable vaguedad de los predicados (en sentido lógico: términos que denotan clases) en los lenguajes naturales así como de la incapacidad de la autoridad normativa de prever toda posible circunstancia de hecho. (Paso por alto la circunstancia de que HART no distingue claramente entre problemas de subsunción y lagunas).

He comentado ya en muchas ocasiones este modo de ver y no pretendo aburrir al lector: me limito a un apunte.

Esta teoría de la interpretación —que pretende ser intermedia entre «formalismo» y «escepticismo»— es completamente ciega de cara a los problemas de equívocidad (ambigüedad en sentido amplio) de los enunciados normativos: asume que los enunciados normativos tienen un sentido objetivo *unívoco* (si bien extensionalmente indeterminado) susceptible de conocimiento simplemente aplicando las reglas sintácticas y semánticas en uso. De modo que los jueces tienen discrecionalidad (sólo) en la decisión de (algunos, marginales) casos concretos, los «casos difíciles», que caen en la zona de penumbra del campo de aplicación de las reglas. Pero no tienen ninguna discrecionalidad en la identificación de las reglas mismas en cuanto tales: la interpretación «en abstracto» —la identificación de las reglas— es un acto de conocimiento, no de decisión. Se trata por tanto de una teoría cognoscitivista de la interpretación.

Pregunta: ¿es ésta una teoría descriptiva o prescriptiva?

Se puede sostener que el discurso de HART incorpora (tácitamente) la discutible tesis *prescriptiva* según la cual los textos jurídicos —al estar formulados en lenguaje natural— *deben* ser interpretados *literalmente*, de conformidad con las reglas sintácticas y semánticas de la lengua de que se trate. Tesis tanto respetable cuanto, obviamente, discutible.

Sin embargo, intentemos tomar en serio su pretensión *descriptiva*. Pues bien, la tesis de HART —si se entiende como genuina descripción *a*) de los problemas de interpretación jurídica y *b*) de la práctica interpretativa de los jueces (y aún más de los juristas)— es miope y, de últimas, banalmente falsa.

a) En primer lugar, la teoría es miope en su representación de los problemas de la interpretación. Muchos enunciados normativos hacen surgir graves problemas de interpretación que no son en absoluto reconducibles a la «*open texture*» de los predicados.

Utilizando un ejemplo pedagógico bastante claro —si bien recuerda al famoso ejemplo de HART— el caso del ingreso de una ambulancia al parque en donde está prohibido el acceso de los vehículos *no* es un problema de vaguedad del predicado «vehículo» (o de «*open texture*» del lenguaje, como HART parece pensar. ¿Quién negaría que las ambulancias son vehículos? Es un problema de identificación de la regla en abstracto: ¿La regla se refiere a todos los vehículos en todas las circunstancias o, al revés, es *defeasible*, *i. e.* sobrentiende una o más excepciones implícitas? En un caso, la regla tiene (esquemáticamente) el contenido siguiente: «Para todo *x*, si *x* es un vehículo, entonces el acceso está prohibido». En el otro caso, la regla tiene el siguiente contenido: «Para todo *x*, si *x* es un vehículo y no es una ambulancia, entonces el acceso está prohibido». Debería quedar claro que se trata de *dos* reglas *diferentes* y no de diversos casos de aplicación de una misma regla.

O bien, queriendo dar un ejemplo no escolástico y un poco más serio, tomemos el art. 40 de la Constitución italiana que dispone que «el derecho de huelga se ejerce en el ámbito de las leyes que lo regulan». Pues bien, ¿debemos entender que, a falta de leyes reguladoras del derecho de huelga, tal derecho se ejerce sin límites o, por el contrario, que no se ejerce en absoluto hasta que tales leyes sean promulgadas? ¿Qué tiene que ver un problema de este tipo con la *open texture* del lenguaje?

b) En segundo lugar, la teoría es falsa en cuanto a la descripción de la práctica interpretativa. Los jueces y los juristas muy raramente se limitan a la interpretación literal, según el uso común de la lengua. Los juristas han elaborado, a lo largo de los siglos, innumerables técnicas interpretativas (el argumento *a contrariis*, el argumento *a simili*, el argumento teleológico, el argumento sistemático, etc.) que permiten no sólo descartar el significado literal *prima facie* sino también construir reglas «implícitas» que ninguna autoridad normativa ha formulado nunca.

En efecto, precisamente por esta razón —su tan evidente falsedad— se sugiere interpretar la tesis de HART como una teoría *prescriptiva* (disfrazada) de la interpretación.

7. DEFINITIVO FRENTE A INFALIBLE

Para confutar la tesis realista según la cual «el derecho es aquello que los jueces dicen que es», HART introduce la distinción entre la definitividad (el carácter de *res judicata*) y la infalibilidad de las decisiones jurisdiccionales. La distinción es impecable pero el discurso de HART, lamentablemente, no es convincente.

a) Es bastante obvio que definitividad y infalibilidad son propiedades diferentes, tanto como los elefantes son diferentes de las fresas*. ¿Quién confundiría alguna vez las fresas con un elefante? ¿Y quien ha confundido, *de hecho*, alguna vez infalibilidad y definitividad? Nadie que yo sepa. Entonces la distinción es un poco fútil.

b) Decir que las decisiones jurisdiccionales son «falibles» no es diferente de decir que son discutibles o criticables (lo que suena un poco al descubrimiento del agua caliente). Pero debe quedar claro que el aserto de que una determinada sentencia es definitiva es una proposición fáctica, mientras que la crítica de las sentencias —contrariamente a lo que HART parece pensar— es una empresa valorativa, no cognitiva.

Se puede considerar que la crítica de la jurisprudencia es un acto de conocimiento antes que de valoración, pero solamente si se adhiere a una teoría cognitivista de la interpretación: la teoría —ingenua o, tal vez, simplemente insulsa— según la cual los enunciados normativos incorporan un único significado objetivo susceptible de comprobación, de modo que es posible distinguir entre la (única) interpretación «verdadera» y el resto de interpretaciones «falsas». Solo los seguidores de HART, a día de hoy, parecen compartir una teoría de la interpretación tan evidentemente falsa.

c) La crítica de HART a los iusrealistas no da en la diana. Los realistas no sostienen que las decisiones jurisdiccionales son infalibles: se desinteresan de la crítica de la jurisprudencia. Ellos sostienen simplemente que las decisiones de última instancia son definitivas, o sea que (cuando toman fuerza de cosa juzgada) determinan de manera definitiva «cuál es el derecho» sobre la cuestión planteada al juez. Esto, me parece, es un hecho (no un hecho en bruto sino un hecho institucional) incontrovertible.

* *N. del T.*: El autor está haciendo referencia implícita a un aforismo italiano cuya traducción sería «¿Qué diferencia hay entre las fresas y un elefante? Que tienen enfermedades diferentes: las fresas urticaria y los elefantes paperas».

Se puede discutir si es conceptualmente apropiado identificar el derecho con el conjunto de las decisiones jurisdiccionales sin ulteriores precisiones. Yo mismo encuentro que el eslogan realista «el derecho es aquello que los jueces dicen que sea» supone un concepto de derecho demasiado simple y un poco engañoso. De un lado, porque una cosa es escribir (*ex nihilo*) un texto normativo y otra cosa es interpretarlo. Además, este modo de ver desatiende aquella parte del derecho, especialmente el constitucional, que no está sujeta a aplicación jurisdiccional. Pero no se puede negar que los jueces —en particular, los jueces de última instancia— «hacen» (en algún sentido que habría que precisar) el Derecho. Que sus decisiones sean «falibles» —o sea, discutibles, criticables— es irrelevante desde el punto de vista de la descripción avalorativa del derecho vigente.

Veamos un ejemplo fácil que incluso un seguidor de HART debería comprender. Supongamos que hay una constitución (rígida y garantizada) que prohíbe «las penas crueles». Supongamos, además, que la comunidad entera (ético-lingüística por así decir) está de acuerdo en que la pena de muerte es cruel. Supongamos, finalmente, que, no obstante, la jurisprudencia constante del tribunal constitucional afirma que las leyes que prevén la pena de muerte *no* violan la constitución. Pues bien, ¿cuál es el derecho vigente en estas circunstancias? ¿Sería una descripción verídica del derecho vigente decir que la pena de muerte está prohibida? ¿O no deberíamos más bien decir que la pena de muerte —a pesar de que está prohibida según la interpretación generalmente compartida de la constitución— está permitida?

Quien considera que, en estas circunstancias, es derecho vigente el que la pena de muerte está, a pesar de todo, prohibida, está inclinado a la *consorial jurisprudence* pero no hay ninguna actitud en favor de la *expository jurisprudence*, esto es, en favor de la ciencia del derecho.

(Traducción de José María Sauca)

BIBLIOGRAFÍA

- BOBBIO, N., 1975: «Per un lessico di teoria generale del diritto», en *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova: Cedam, 47-55, ahora en N. BOBBIO, «Norme secundarie», en *Contributi ad un dizionario giuridico*, Torino: Giappichelli, 1994, 233-243.
- BULYGIN, E., 1995: «Norme, proposizioni normative, e asserti giuridici», en E. BULYGIN, *Norme, validità, sistemi normativi*, Torino: Giappichelli, 89-115. Versión española, «Normas, proposiciones normativas, y enunciados jurídicos», en E. BULYGIN y C. ALCHOURRÓN (1991), *Análisis lógico y derecho*, Madrid: CEPC, 169-193.
- 1991: «Sobre la regla de reconocimiento», en E. BULYGIN y C. ALCHOURRÓN, *Análisis lógico y derecho*, Madrid: CEPC, 383-391.
- CARACCILOLO, R., 1991: «Sistemas jurídicos y regla de reconocimiento», en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 9, 295-309.
- DWORKIN, R., 1978: «No Right Answer?», *New York University Law Review*, vol. 53, núm. 1, abril, 1 a 32.
- HART, H. L. A., 1954: «Introduction» a Austin, John», *The province of jurisprudence determined and the uses of the study of jurisprudence*, London: Weidenfld & Nicolson, i-xxxii.

ROSS, A., 1990: «Il concetto di diritto secondo Hart», en S. CASTIGNONE y R. GUASTINI (eds.), *Realismo giuridico e analisi del linguaggio. Testi di Karl Olivecrona e Alf Ross*, II ed., Genua: ECIG, 195-203. Versión española, «El concepto de Derecho según Hart», en P. CASANOVA y J. J. MORESO (eds.) (1994), *El ámbito de lo jurídico*, Barcelona, Crítica, 1994, 466-474.

THE CONCEPT OF LAW. CINCUENTA AÑOS*

María Cristina Redondo

Conicet-Universidad de Génova

RESUMEN: En este trabajo se discuten dos interpretaciones usuales hoy día de la obra de HART y se trata de evaluar su alcance para la comprensión coherente de este autor y para la teoría positivista del derecho. La primera es la postura que interpreta que el objetivo pretendido por HART en *El concepto de derecho* puede verse (a pesar de su orientación analítica y antimetafísica) como un intento de desentrañar la verdadera esencia o naturaleza del derecho, esto es, las características esenciales del concepto que se refiere a él. ¿Es coherente esta interpretación con el compromiso positivista con el empirismo? La segunda cuestión tiene que ver con la relación entre derecho y moral: a pesar de la explícita defensa hartiana de un concepto positivista de derecho, actualmente se afirma que HART no rechaza la tesis de la conexión necesaria entre derecho y moral. ¿Es posible conciliar esta tesis con el concepto y el método positivistas que HART supuestamente asume?

Palabras clave: HART, positivismo jurídico, relación derecho-moral.

The Concept of Law. Fifty Years

ABSTRACT: This paper discusses two currently usual interpretations of HART's work; its purpose is to assess how useful they are to coherently understand both HART and a positivist theory of Law. The first interpretation claims that HART's purported goal in his *The concept of Law* (in spite of his analytical anti-metaphysical approach) is to unravel the true essence or nature of Law, i.e. the essential features of its very concept. Still, is this interpretation coherent with empirism's positivistic commitment? The second question revolves around Law and Morality: in spite of HART's express defence of a positivistic concept of Law, these days it is claim that he does not reject the thesis of the necessary connection between Law and Morality. Now, is it possible to make this claim compatible with the positivist concept and methodology allegedly assumed by HART?

Keywords: HART, Legal positivism, the relation between Law and Morality.

* Fecha de recepción: 5 de septiembre de 2014. Fecha de aceptación: 21 de octubre de 2014.

Una versión inicial del presente trabajo se presentó en el XVIII Congreso Hispano-Italiano-Francés de Teoría del Derecho celebrado en la Universidad Carlos III de Madrid bajo la organización del Grupo de Investigación sobre el Derecho y la Justicia (GIDYJ).

1.

Mucho se ha escrito sobre *The Concept of Law* (HART, 1961: 1-21; en adelante CL) y, en tal sentido, es difícil decir algo sobre las ideas allí expuestas con la esperanza de ser, aunque sea mínimamente, original. Partiendo de esta excusa, valedera, en lo que sigue, me propongo poner en relación algunas conocidas tesis referidas a este trabajo de Herbert HART —tesis que me impactan de modo especial por las razones que explicaré más adelante—. Hacer esto me permitirá también presentar algunas breves consideraciones metodológicas sobre la teoría jurídica de este autor.

Me detendré en dos puntos de la propuesta hartiana que han sido, a su vez, objeto de dos lecturas netamente contrastantes entre sí. La incompatibilidad de estas interpretaciones llama la atención porque no resulta de la aplicación de enfoques filosóficos antagónicos —caso en el cual es normal que se produzcan lecturas incompatibles—, sino de un desacuerdo interno a la misma corriente de pensamiento ius-positivista a la que HART pertenece. Puede decirse que estas lecturas marcan una especie de mutación en el modo de entender el positivismo hartiano o, inclusive, que indican un punto de inflexión en el positivismo jurídico en general.

Una cuestión importante, a la que no me dedicaré en estas páginas, reside en evaluar en qué medida cada una de estas interpretaciones ofrece una versión coherente y plausible de la propuesta de HART. En este trabajo presupondré que ambas lecturas son posibles, y analizaré sobre todo aquélla «menos ortodoxa», por decirlo de algún modo. El propósito es identificar en qué premisas se basa y qué consecuencias se siguen de ella. Más concretamente, qué ganamos o qué perdemos —respecto de la lectura alternativa— cuando la aceptamos.

2.

Un primer punto sobre el que existen interpretaciones contrastantes como las que acabo de mencionar, es el siguiente. Atento a lo expuesto en el capítulo I de *El concepto de derecho* sabemos que el objetivo que en esta obra se persigue al afrontar la pregunta «qué es derecho» no consiste en ofrecer una definición, ni en recordar las convenciones que rigen el uso de la expresión «derecho». Asimismo, leyendo a HART como filósofo analítico, antimetafísico, es también natural entender que su teoría tampoco puede ser entendida como un tentativo de desentrañar la verdadera esencia o naturaleza del derecho. HART alienta explícitamente este rechazo cuando sostiene que los problemas recurrentes involucrados en la pregunta «qué es derecho», y que con su teoría intentará analizar, son problemas que se presentan aun cuando «dejemos a un lado la especulación clásica y medieval acerca de la “naturaleza” del derecho» (CL, 1). Al mismo tiempo, cuando menciona algunas de las múltiples especulaciones teóricas a las que estos problemas han dado lugar, subraya —yo diría en tono crítico— que a diferencia de lo que sucede en otros ámbitos de conocimiento, ellas se presentan «como si fueran revelaciones de verdades sobre el derecho, oscurecidas desde tiempo atrás por representaciones groseramente falsas de su *naturaleza esencial*» (CL: 1-2, la cursiva es mía).

Ahora bien, a pesar de esto, hoy es usual sostener no sólo que sería un error pensar que HART en *El concepto de derecho* intenta analizar el significado de la palabra «derecho», sino que es claro que su interés era explicar la naturaleza del derecho o, lo que es lo mismo, las características esenciales del concepto que se refiere a él (*cf.* RAZ, 1998: 249-282). Probablemente los autores que hoy sostienen esta lectura metafísica de la teoría de HART negarán que estemos ante un cambio interpretativo. Tal como se presenta, ésta es, y siempre ha sido, la forma correcta de entenderla. En mi opinión, sin embargo, se debería al menos subrayar que, aunque así lo pensaran los autores que hoy la defienden, en los años sesenta, setenta y ochenta no lo decían abiertamente. Quizás, la aún potente influencia del *linguistic turn*, la familiaridad de HART con los filósofos analíticos que sí entendían explícitamente la tarea filosófica como una terapia de tipo lingüístico y el énfasis que el propio HART pone en los problemas semánticos de vaguedad y textura abierta del lenguaje crearon la apariencia de que el análisis lingüístico era entendido por HART no sólo como un dato fundamental para determinar el contenido de las normas de un sistema jurídico (tesis que nadie niega) sino también como la clave o el método filosófico para alcanzar el objetivo central que se plantea la teoría, es decir, intentar comprender «qué es el derecho» en general (tesis que la lectura a la que me estoy refiriendo pone profundamente en cuestión).

Podría aceptarse que, efectivamente, el objetivo de la teoría de HART no es identificar cuáles son los usos, o el uso más general, de la palabra «derecho» y, sin embargo, seguir insistiendo en que su método o enfoque sí consiste en un tipo de análisis lingüístico, entendido en este caso como un esfuerzo de reconstrucción conceptual. En este caso, lo que estaría buscando es recortar o precisar un concepto en modo tal que resulte teórica y/o prácticamente útil, sin alejarse demasiado del modo en el que la comunidad lingüística usa la palabra «derecho» (por ejemplo, ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1975: 29-31). En este sentido, la teoría hartiana no estaría informando ni sobre la naturaleza del concepto de derecho ni sobre el uso de las palabras que lo expresan. Estaría, en alguna medida, estipulando o atribuyendo un significado a la palabra «derecho», guiada por ciertos fines teóricos y prácticos. Esta idea puede considerarse avalada por el hecho de que HART acepta la existencia de más de un concepto de derecho y expresa su preferencia por aquél que considera más fructífero. Concretamente, HART se refiere a un concepto amplio, «positivista», que admite que el derecho pueda ser injusto, y a un concepto restrictivo, el del iusnaturalismo, según el cual las normas injustas quedan fuera del alcance del concepto de derecho. Según HART: «Si hemos de hacer una elección razonada entre estos dos conceptos, ello será porque uno es superior al otro en la forma como auxilia nuestras indagaciones teóricas o promueve y clarifica nuestras deliberaciones morales, o hace ambas cosas» (CL: 258). De hecho, luego de haber comparado ambos conceptos concluye que el primero es mejor que el segundo porque tiende a evitar una serie de confusiones (los argumentos que sostienen esta conclusión pueden verse en CL: 258-261).

Ahora bien, estas afirmaciones, aun cuando sean verdaderas, no impiden la lectura metafísica que hoy se propone. Puede decirse que, efectivamente, HART advierte que hay distintos conceptos posibles de derecho, es decir, distintas «maneras de clasificar reglas que pertenecen a un sistema generalmente efectivo en la vida social». No obstante ello, su empresa está dirigida a identificar sólo un concepto: aquel que recoge verdaderamente las características esenciales del fenómeno que está tratando de captar, es decir, del derecho.

En esta visión la empresa hartiana vuelve a ser descriptiva, pero no ya de la práctica de uso de la palabra «derecho», sino de la práctica social en la que consiste el derecho. Su objetivo es describir cuáles son sus propiedades esenciales.

Ciertamente, debería ser claro que el análisis metafísico o la explicación de la naturaleza del objeto derecho que estaría proponiendo HART no puede entenderse en el sentido medieval de la búsqueda de una estructura única e inmutable de una realidad independiente de nuestras creencias. El derecho no es inmutable y no es independiente de nuestras creencias. El análisis de *la esencia* del objeto derecho, en la presente óptica, no es otra cosa que el análisis de un concepto situado espacio-temporalmente, y que es un constructo social. Es claro que se trata del análisis de una idea abstracta, pero no de «la» única idea verdadera ni de aquella que el teórico prefiere o estipula. Es el análisis de la idea que capta las características definitorias del método de control social que identificamos con la palabra «derecho».

Esta interpretación de HART puede considerarse coherente con su proyecto en la medida en que no supone el abandono de una concepción positivista del derecho ni implica el retorno a una concepción superada respecto de aquello en lo que consiste la empresa filosófica. Sin embargo, ello no significa que sea banal o carente de relevancia. Entre otras cosas, por ejemplo, esta lectura supone alejarse de la concepción del análisis conceptual como análisis del uso del lenguaje. En esta perspectiva, el estudio del uso de las palabras conserva ciertamente interés, pero sólo como indicador de la posesión de un concepto y del modo en el que se concibe una determinada realidad, que es la que interesa explicar (*cfr.* RAZ, 2005: 324-342).

Admitamos, entonces, que no se trata de un cambio irrelevante, es decir, carente de consecuencias teóricas y/o prácticas, y nos preguntemos qué es lo que se gana, o se pierde, al aceptarlo. Es posible conjeturar que nada se pierde, puesto que este enfoque no implica desatender al modo en el que se usa el lenguaje, es decir, no implica el abandono de los beneficios del análisis lingüístico. Sin embargo, contemporáneamente, puede decirse que sí se gana algo interesante ya que este enfoque permite decir ciertas cosas que en la perspectiva anterior habrían podido entenderse erróneamente como comprometidas con un método iusnaturalista incompatible con la teoría de HART, o, peor aún, con un método anti-científico, anti-empirista. Me explico. Concretamente, la actual perspectiva permite destacar abiertamente que el objeto de estudio de la teoría general o de la filosofía del derecho no es el lenguaje sino el derecho, es decir, la realidad social en la que éste consiste. En este sentido, permite destacar que el objeto que se está estudiando y tratando de comprender no es, o no es solamente, un objeto lingüístico. Asimismo, permite poner de manifiesto que, al igual que otras disciplinas como la historia, la sociología, el análisis económico, etc., la teoría del derecho entiende su objeto como un fenómeno empírico radicado en tiempos y lugares determinados. Aunque, a diferencia de estas disciplinas, ella está interesada en captar y explicar sus elementos o características esenciales, aquellas que todo derecho presenta. En otras palabras, está tratando de captar y explicar el concepto de derecho¹. En resumen, admitir que la teoría general del derecho estudia la esencia o las propiedades necesarias del concepto de derecho, cuan-

¹ Esta relación necesaria entre la comprensión de las propiedades esenciales de un objeto y la del concepto que se refiere a él puede verse en los trabajos citados de RAZ pero también en otros autores, como por ejemplo, COLEMAN, 2010.

do la expresión «propiedades necesarias» se entiende en un sentido post-quineano de la expresión, en ningún sentido implica una contradicción con el método positivista, la asunción de un método anti-empirista, o incompatible con un enfoque científico.

3.

El segundo punto que me interesa destacar es el siguiente. Como sabemos, entre los problemas recurrentes que se presentan al tratar de responder a la pregunta «qué es derecho» HART señala la relación de éste con la moral. Al respecto, y de manera prácticamente unánime, se acepta que la teoría hartiana defiende una concepción positivista, y que ser positivista significa negar la tesis de la conexión necesaria entre derecho y moral. Ahora bien, también sobre este punto el modo en el que se interpreta la posición de HART ha sufrido un notable deslizamiento.

La tesis de HART sobre la relación entre derecho y moral es articulada y, sin duda, está afectada por las premisas metodológicas que él acepta. Cuando reflexiona sobre las posiciones que desacuerdan sobre si las normas inicuas pueden ser jurídicamente válidas subraya que no se trata de un desacuerdo verbal sino de un desacuerdo en el modo de entender el concepto de derecho. La posición positivista asume un concepto amplio que puede incluir «reglas que atenten contra la moral de nuestra sociedad o contra lo que podemos considerar que es una moral verdadera o esclarecida». La posición no-positivista entiende el derecho en un modo restringido, conforme al cual «excluiremos del significado de “derecho” esas reglas moralmente ofensivas». Como ya mencioné, según HART «si hemos de hacer una elección razonada entre estos dos conceptos, ello será porque uno es superior al otro en la forma como auxilia nuestras indagaciones teóricas o promueve y clarifica nuestras deliberaciones morales, o hace ambas cosas» (todas las expresiones entrecomilladas son de CL: 258).

En opinión de HART nada bueno se gana, ni a fines teóricos ni a fines prácticos, adoptando el concepto más restringido. En realidad, se agrega confusión, ya que asumir ese concepto implica dividir el estudio de la técnica de control social en que consiste el derecho en modo tal que las reglas inicuas, al no estar incluidas en su alcance, deben ser estudiadas por otra disciplina. Además, desde un punto de vista práctico, «negar reconocimiento jurídico a las reglas inicuas puede simplificar en forma excesiva y tosca la variedad de cuestiones morales a las que ellas dan lugar» (CL: 260). Esto porque la cuestión de si se debe o no se debe obedecer el derecho injusto no es la única cuestión importante o la única forma en la que se establece la relación entre derecho y moral. Además de ella están otras, como la cuestión de Sócrates, sobre si se debe o no aceptar el castigo injusto, o como la que debieron enfrentar los tribunales de post-guerra alemanes sobre si se debe o no castigar a quienes actuaron autorizados por un derecho injusto (CL: 260). Un concepto restringido, que niega de plano carácter jurídico a las reglas inicuas puede cegarnos ante esta multiplicidad de problemas morales. En opinión de HART, estos problemas son delicados y complejos y, sobre todo, «es menester considerar en forma independiente los unos de los otros» (CL: 260-261). En suma, es claro que HART considera *superior* al concepto de derecho positivista. *Superior* en el sentido de que capta mejor las características del método específico de control social en que consiste el derecho.

Ahora bien, a pesar de esta explícita defensa hartiana de un concepto positivista de derecho, actualmente se afirma que HART admite que el derecho puede estar necesariamente relacionado con la moral (por ejemplo, COLEMAN, 2010 y también GARDNER, 2012: 221-237). En otras palabras, que HART no rechaza la tesis de la conexión necesaria entre derecho y moral. Ciertamente, la primera pregunta que viene en mente es ¿se concilia esta tesis con el concepto y el método positivistas que HART supuestamente asume?

Si consideramos que esta nueva interpretación no torna incoherente a la teoría de HART, la respuesta a este interrogante ha de ser que sí, que adoptar un concepto y un método positivistas es conciliable con admitir la existencia de una o más conexiones necesarias entre derecho y moral. Y ello es así en la medida en que *a)* pueden establecerse distintos tipos de relaciones necesarias entre derecho y moral, y *b)* no se pone en cuestión el tipo de conexión necesaria que el positivismo rechaza: aquella entre el derecho y deber moral de obediencia. Decir que el derecho puede estar, y que de hecho en muchas ocasiones está, de múltiples maneras, necesariamente conectado con exigencias morales en ningún caso implica que sus normas sean moralmente correctas ni que deban ser obedecidas.

Desde este punto de vista cabe recordar que, según HART, ningún positivista niega que los sistemas jurídicos reflejan la moral en numerosísimas formas que todavía no han sido suficientemente estudiadas. Pero sobre todo que, según él, la tesis de la conexión necesaria entre derecho y moral debe ser concedida si con ella se quieren sostener tesis como las siguientes:

a) Que en algunos sistemas jurídicos la corrección moral de las normas es criterio de validez jurídica. Concretamente, según HART, en aquellos derechos basados en constituciones similares a las de Estados Unidos, por ejemplo, «los criterios últimos de validez jurídica incorporan explícitamente principios de justicia o valores morales sustantivos» (CL: 252).

b) Que la interpretación judicial del derecho supone o expresa específicos valores morales. Así, en opinión de HART, en la tarea interpretativa de los jueces aparece el esfuerzo por hacer justicia en medio de intereses en conflicto. Además, los jueces despliegan ciertas virtudes características como «la imparcialidad y la neutralidad al examinar las alternativas; consideración de los intereses de todos los afectados; y una preocupación por desarrollar algún principio general aceptable como base razonada de la decisión» (CL: 253).

c) Que hay una implicación conceptual entre lo que significa aplicar una regla jurídica y realizar, aun cuando sea en modo incipiente, el valor de la justicia. En tal sentido, tal como expresamente admite HART, «en la mera noción de aplicar una regla general de derecho tenemos por lo menos el germen de la justicia» (CL: 255). O, por último.

d) Que «para que funcione un control social de este tipo, las reglas tienen que satisfacer ciertos requisitos». Requisitos éstos que hacen referencia a aquello que se ha denominado «la moral interna del derecho» (las reglas no deben ser generalmente retroactivas, deben ser claras, aplicables de igual modo a casos iguales, etc.) (CL: 255).

En todo caso, la verdad de estas afirmaciones sobre la relación entre derecho y moral «infortunadamente, es compatible con una enorme iniquidad» (CL: 256). El derecho, aunque por distintas vías puede estar necesariamente relacionado con la moral,

no por ello es moralmente correcto. En otras palabras, sobre la relación entre derecho y moral, lo que HART hace es señalar su carácter complejo y la necesidad de que sea objeto de una adecuada investigación, que discrimine las distintas formas en las que podría establecerse. Por supuesto, en virtud de las premisas metodológicas de las que parte, también defiende una tesis conceptual al respecto: el concepto restringido, que excluye las normas injustas, merece ser dejado de lado. Que algo sea derecho no implica que sea moralmente adecuado ni que deba ser obedecido.

Se podría decir que quienes hablan de «la» conexión necesaria entre derecho y moral, conscientemente o no, sostienen una tesis reduccionista: presentan las distintas relaciones que entre derecho y moral pueden verificarse como si fuesen una sola. Así, quienes afirman que el positivismo jurídico metodológicamente se compromete con el rechazo de «la» tesis de la conexión necesaria entre derecho y moral afirman una tesis engañosa, por sobre-incluyente. En realidad, la conexión necesaria que el positivismo rechaza es aquélla entre el derecho y la corrección moral de sus normas, o entre el derecho y la obligación moral de obediencia. Sin embargo, como nos recuerda HART, además del problema relativo al deber de obediencia hay otras cuestiones morales sobre las cuales es necesario tomar posición, como, por ejemplo, la referida a cómo se deben formular los requerimientos jurídicos, cómo se deben hacer conocer, cómo se deben interpretar, cómo se deben aplicar, etc. Siguiendo a HART, es menester considerar en forma independiente cada una de ellas. Sólo así podremos apreciar sus específicas características. Si adoptamos una posición que reduzca todos estos puntos a uno solo y hable, sin más, del rechazo o la aceptación de «la» conexión necesaria entre derecho y moral corremos el peligro de cegarnos frente a la variedad y la complejidad de las distintas cuestiones. En estas líneas estoy prácticamente extrapolando las palabras que HART emplea para criticar el concepto iusnaturalista de derecho según el cual éste necesariamente no incluye reglas injustas. Como he citado antes, según HART, negar que las normas inicuas puedan ser parte del derecho puede llevar a simplificar en forma excesiva y tosca la variedad de cuestiones que se ponen en juego ante la presencia de este tipo de normas. Puede decirse que, negar que el derecho, desde diversos puntos de vista, pueda estar necesariamente conectado con la moral conlleva el mismo defecto. En resumen, no parece correcto asociar la tesis positivista, que HART pretende defender, con el rechazo, en general, de «la» conexión necesaria entre derecho y moral. Sencillamente, porque ello sugiere erróneamente que la relación necesaria entre derecho y justicia, o entre derecho y deber de obediencia —que son las que todo positivista niega— constituyen el único tipo de relación en la que una conexión necesaria entre derecho y moral puede manifestarse. Asimismo, porque a partir del reconocimiento de que el derecho no está conceptualmente relacionado con el valor justicia ni implica la obligación moral de obediencia no podemos inferir que no está conceptualmente conectado con otros valores morales, que no sea el de justicia, o no implique algún tipo de exigencia moral, que no sea la obediencia.

Si estas consideraciones son adecuadas, la pregunta acerca de qué ganamos y qué perdemos al sostener que HART no rechaza la tesis de «la» conexión necesaria entre derecho y moral tiene una respuesta bastante clara. Nada se pierde, en la medida en que podemos continuar afirmando que, para el positivismo hartiano, el derecho no implica la corrección moral de las reglas que lo componen ni el deber de obedecerlas. Sin embargo, ganamos algo: estamos en condiciones de analizar, sin superponer, dis-

tintos modos en los que las relaciones entre derecho y moral pueden establecerse. Más precisamente, podemos advertir que al asumir una noción positivista de derecho estamos efectivamente comprometiéndonos con la tesis de la no-conexión necesaria entre derecho y justicia, o entre derecho y deber de obediencia. No obstante, no estamos afirmando que la noción de derecho no implique una conexión necesaria con otros valores morales u otras exigencias morales relativas a la formulación, comunicación, interpretación y/o aplicación de sus normas.

4.

¿En qué se basa, o qué premisas justifican, esta «nueva» interpretación de HART? No creo estar en condiciones de dar una respuesta exhaustiva a esta pregunta, pero sí creo que es posible sostener que parte de la respuesta se encuentra en que esta interpretación parece imponerse si se toma en serio una de las premisas metodológicas centrales de la teoría de HART: que para comprender qué es y cómo es un objeto como el derecho es preciso tener en cuenta —y, en este sentido, aceptar— la perspectiva de los participantes, el punto de vista interno. Esta idea, a su vez, se apoya en la presuposición preteórica de que el derecho es una realidad social que se «construye» a partir de los comportamientos, creencias y actitudes de un grupo de personas, es decir, que satisface lo que aquí llamaré «la tesis de la construcción social del objeto»².

Cabe subrayar que el positivismo jurídico ha sido vinculado a dos premisas metodológicas que pueden revelarse, y de hecho se han revelado, incompatibles. En primer lugar, se suele sostener que la teoría del derecho positivista se compromete metodológicamente con la tesis general de «la» no-conexión necesaria entre derecho y moral. Al asumir esta tesis estamos imponiendo un límite al concepto de derecho, con total independencia de cómo éste sea concebido desde el punto de vista interno. Es decir, aun cuando los participantes lo conciban como necesariamente conectado a la moral, según el positivismo, el derecho no está necesariamente conectado con la moral. En contraposición con esta perspectiva, se suele sostener también que la teoría del derecho positivista se compromete fundamentalmente con la tesis de la construcción social del objeto, es decir, con la idea según la cual aquello que el derecho depende de los comportamientos y actitudes de los participantes en una práctica social. Si hacemos esto estamos asumiendo que el concepto de derecho es aquel que emerge del punto de vista interno de la práctica relevante, aun cuando bajo ese concepto el derecho esté, por distintas vías, necesariamente conectado con la moral. En otras palabras, si desde la perspectiva de los participantes la noción de derecho implica o presupone la satisfacción de ciertas exigencias morales, el concepto positivista de derecho no podrá ser otro que aquel que capte correctamente estas relaciones entre el derecho y la moral.

Como se ve, el «concepto positivista» de derecho será diferente según se entiendan las exigencias metodológicas que el positivismo impone. Lo que interesa subrayar aquí es que

² La existencia del derecho es un ejemplo paradigmático de realidad construida socialmente, lo cual no implica que sea convencional. Al respecto, *cf.* SEARLE, 2010.

si entendemos que la primera exigencia del positivismo es la de dar cuenta del derecho respetando la tesis de la construcción social del mismo, entonces el positivismo no puede sostener en modo general y externo, *i. e.* independientemente del punto de vista interno de la práctica relevante, ninguna tesis acerca del tipo de relaciones que el derecho tiene o deja de tener con la moral, la economía, el poder, la fuerza, etc. La única tesis general que el positivismo puede sostener acerca del derecho es que las propiedades que él tenga y las relaciones en las que se encuentre con otros fenómenos dependerán del modo en el que es concebido en la práctica social. Esto significa que no existe algo como «el» concepto positivista de derecho³. En realidad, aun cuando existan muchos conceptos posibles, el concepto de derecho que el positivista intentará identificar es, en virtud de sus propias exigencias metodológicas, aquel que emerge de la práctica social relevante⁴.

En la medida en que asumamos esta posición se siguen algunas consecuencias dignas de destacar:

4.1. En primer lugar, al estudiar el concepto de derecho, el teórico tiene que asumir una perspectiva hermenéutica, su objetivo es comprender aquello en lo que consiste el derecho a partir de la práctica en el que éste se ha desarrollado efectivamente. En tal sentido, cabe destacar que, si bien el teórico general del derecho no está interesado en relevar las características de un específico derecho, existente en un momento y en un lugar determinados, sería un error pensar que no está interesado en identificar las características sobresalientes de una práctica también existente en momentos y lugares determinados. El concepto de derecho en el que está interesado el teórico general está tan radicado espacio-temporalmente cuanto lo están los específicos sistemas jurídicos en cuyos rasgos particulares este teórico no está interesado. De ello se sigue que cuando decimos que la teoría del derecho indaga sobre la naturaleza del derecho, o las características esenciales del concepto, no estamos hablando de un conjunto de propiedades inmutables, o de un concepto necesario. Estamos hablando de aquellas características que, en un tiempo y lugar determinados, captan la identidad de un objeto contingente y mutable. Es decir, estamos hablando de un concepto que al igual que el objeto al que se refiere es construido socialmente y puede variar con el transcurso del tiempo.

Si esto es así, no es correcto pensar que la teoría jurídica analiza el significado general de la palabra «derecho». Es decir, los criterios con los que esta palabra efectivamente se usa para hacer referencia a la institución del derecho en general, y no a un específico sistema. Por supuesto, los significados de las palabras «derecho», «obliga-

³ Esta posición se contrapone a una presentación ampliamente aceptada del positivismo jurídico, entendido como un método de aproximación al derecho. Por ejemplo, según C. S. NINO, este positivismo se define por el rechazo de una tesis acerca del concepto de derecho, o, lo que es lo mismo, se compromete, independientemente del punto de vista interno de los participantes, con un determinado concepto de derecho. Concretamente, el positivismo defiende una caracterización totalmente empírica del derecho y rechaza una definición en términos valorativos. Dicho con otras palabras, rechaza que pueda existir una conexión conceptualmente necesaria entre derecho y valores morales (*cf.* NINO, 1984: 37-38).

⁴ Aunque aquí hablo del positivismo jurídico, sin aditamentos, cabe recordar que estoy refiriéndome al positivismo hartiano. En la teoría positivista de este autor como en la de COLEMAN, por citar otro ejemplo, explicar el concepto de derecho equivale a explicar la naturaleza del objeto derecho. En contraste con esta posición, otro positivista como J. RAZ entiende que la indagación sobre las propiedades esenciales de «nuestro» concepto local y mutable de derecho ayuda a comprender la naturaleza universal e inmutable del derecho. Al respecto *vid.* RAZ, 2005: 324-342.

ción», «principio», «regla», interesan sobremanera a quien intenta captar el concepto de derecho en general. No obstante, no es verdad que el objeto de estudio del teórico sea el modo en el que se usan estas palabras. Si dijésemos que sí lo es estaríamos abandonando el presupuesto metodológico del que habíamos partido: no estaríamos dando cuenta del punto de vista interno, es decir, de aquello de lo que los participantes hablan cuando se refieren al derecho. Éstos, ciertamente, no hablan de las palabras «derecho», «obligación», «principios», «reglas», sino del derecho, las obligaciones, los principios, las reglas, etcétera.

En síntesis, bajo esta perspectiva, el teórico está constreñido a aceptar que el concepto en el que está interesado viene fijado por aquello que entienden quienes lo usan. Aun cuando, en modo justificado, el teórico sostenga que un concepto diferente sería preferible a ciertos fines teóricos o prácticos, no podrá sostener verdaderamente que ese es el concepto de derecho si, de hecho, éste no refleja las propiedades y relaciones con que los participantes lo han construido. Es decir, el discurso teórico acerca del concepto de derecho y los análisis que se ofrecen de él tienen una dirección de ajuste mente-a-mundo, son descriptivos. Al concepto de derecho lo construye la práctica social, no la teoría del derecho. Ciertamente, esto no obsta a que el teórico pueda abogar a favor de un específico concepto y trate de mostrar las ventajas que su adopción comporta. Pero, en la medida en que haga esto ha dejado de actuar como alguien que pretende simplemente comprender y explicar qué es el derecho y ha pasado a actuar como un participante más que intenta influir sobre él.

4.2. En esta perspectiva, adoptar un punto de vista hermenéutico no significa, como a mí entender sí significa en la teoría de DWORKIN, que el teórico adhiera al punto de vista interno de los participantes, o que su discurso sea del mismo tipo que el de los aceptantes. En otras palabras, que el teórico asuma y use el concepto establecido en la práctica no supone que esté de acuerdo con él, ni que sus juicios al respecto sean normativos o justificativos, como sí lo son los juicios de los aceptantes.

Adoptar el punto de vista hermenéutico quiere decir al menos dos cosas. Por una parte, que el teórico no sólo debe tener en cuenta las creencias de los participantes sino que debe basarse en ellas. Debe darlas por buenas y, en este sentido, *aceptarlas* a los fines cognoscitivos que él persigue, es decir, para poder comprender y explicar las características esenciales del fenómeno que intenta comprender y explicar. Por otra parte, quiere decir que el teórico, al hablar del concepto de derecho, está haciendo referencia al mismo objeto del que hablan los participantes. Es decir, el concepto que estudia es el mismo concepto que los participantes usan en la práctica cuando se refieren al derecho.

La idea de que el estudioso, aunque sea provisoriamente y para satisfacer su objetivo cognoscitivo, tiene que (no puede no) aceptar la mayor parte de las creencias de los participantes es un principio de caridad impuesto por lo que aquí he llamado «la tesis de la construcción social del objeto». Es decir, si queremos identificar el concepto que capta un objeto social como es el derecho debemos suponer que las creencias de las cuales éste depende no son sistemáticamente falsas o, en otras palabras, que no estamos frente a un error global (*cf.* DICKSON: 117-156; también GAIDO: 41-44). Admitir la posibilidad del error global del conjunto de creencias relativas a un objeto social está en contradicción con la tesis de que dicho objeto es un constructo basado

en tales creencias. Así, si sostuviésemos la posibilidad del error global de las creencias de los participantes respecto de qué es o no es el derecho estaríamos negando lo que hemos afirmado como premisa inicial: que aquello que el derecho es resulta de, o está constituido por, las creencias de dichos participantes. O sea que, una de dos, o bien sostenemos que el objeto está determinado por las creencias de los agentes, y en este caso no podemos afirmar que sea posible el error global de las creencias acerca del mismo. O bien sostenemos que las creencias acerca del objeto en cuestión podrían ser todas sistemáticamente falsas, pero en este caso debemos abandonar la tesis según la cual dicho objeto es un objeto social, es decir, que depende de, o está constituido por, tales creencias.

Ahora bien, quien adopta una perspectiva hermenéutica, aun cuando tenga que basarse en las creencias de los participantes, puede impugnar —ya sea por incoherentes o directamente falsas— ciertas creencias o conjuntos de creencias referidas al objeto. Dar cuenta del punto de vista interno no implica tener que aceptar *todo* lo que los participantes sostienen acerca del objeto. El teórico podría mostrar no sólo que algunas creencias sobre casos individuales son falsas sino, inclusive, que todas las creencias sobre cierta clase de casos son sistemáticamente falsas. A título de ejemplo: el teórico podría mostrar que, dadas las características esenciales que el derecho tiene (tal como lo entienden los participantes desde el punto de vista interno) la posibilidad de que se presenten casos con más de una respuesta jurídicamente admisible es inevitable. En tal sentido, estaría mostrando que, aun cuando los participantes crean que hay *una* respuesta correcta para *todos* los casos de desacuerdo sobre el contenido del derecho, esas creencias son sistemáticamente falsas. En resumen, si bien el teórico del derecho no puede sostener una teoría del error global respecto de todas las creencias referidas a lo que el derecho es, obviamente, sí puede admitir la existencia de errores circunstanciales, individuales, *per inclusive* puede defender también una teoría del error (o, lo que es lo mismo, una posición escéptica) respecto de ciertas *clases* determinadas de creencias de los participantes⁵.

Dicho sea por inciso, sostener el carácter sistemáticamente falso de *todas* las creencias que presuponen o implican la existencia de un objeto equivale a sostener una posición escéptica respecto de dicho objeto. Es decir, equivale a sostener que dicho objeto no existe. Por ejemplo, la tesis del error sistemático de *todas* las creencias que presuponen la existencia de normas (o de brujas) implica y es implicada por la tesis escéptica respecto de la existencia de normas (o de brujas). Por tal motivo, no podemos sostener que estamos, desde un punto de vista hermenéutico, tratando de comprender y explicar un objeto social como el derecho y, al mismo tiempo, que todas las creencias relativas a él son sistemáticamente falsas. Al decir esto último, hemos abandonado el objetivo de comprender o explicar dicho objeto. Lo que estamos haciendo es ponerlo en cuestión, tratando de disolverlo, de mostrar que no existe. En contraste, si en el contexto de un estudio hermenéutico denunciáramos el carácter sistemáticamente falso de algunas creencias relativas al objeto lo hacemos en el entendimiento de que, de ese

⁵ La posibilidad de denunciar la falsedad sistemática de una clase de creencias referidas a un objeto presupone que hay otras creencias que se consideran inimpugnables. En palabras diferentes, presupone que ciertas creencias identifican propiedades esenciales al objeto, en modo tal que no pueden negarse sin que éste deje de ser lo que es.

modo, logramos comprenderlo o explicarlo mejor. Así, denunciar el error de una delimitada clase de creencias relativas a un aspecto del derecho, efectivamente, significa ser escépticos respecto del específico objeto de tales creencias, pero de ello no se sigue que seamos escépticos respecto del derecho en general que, por hipótesis, es lo que estamos tratando de comprender y explicar.

En resumen, si admitimos lo dicho, cabe subrayar que al ofrecer una teoría hermenéutica acerca del derecho, por una parte, y aunque sea provisoriamente, estamos admitiendo su existencia. Es decir, no nos colocamos en una posición escéptica respecto del mismo, por el contrario, actuamos bajo la presuposición de que existe algo tal como el derecho, que es susceptible de ser comprendido y explicado. A su vez, estamos asumiendo la tesis de la construcción social del objeto. Es decir, estamos admitiendo que el derecho depende, o es el resultado de, un conjunto de acciones, creencias y actitudes que son aquellas en las que la teoría se apoya para poder comprenderlo y explicarlo.

4.3. Una ulterior idea ligada a la premisa metodológica que exige adoptar una perspectiva hermenéutica y dar cuenta del punto de vista interno es la siguiente. Como indiqué antes, tanto el teórico como el participante están hablando de *lo mismo*. Si bien el teórico general está guiado por un interés diferente al del participante y se coloca en un nivel más alto de abstracción, sus respectivos discursos no se encuentran en *niveles de lenguaje* diferentes. Es decir, no es el caso que los participantes *usen* la palabra «derecho», para hablar del objeto derecho mientras que el teórico sólo la *mencione* para definirla, para referirse a sus distintos significados, o para informar acerca del sentido que ella adquiere cuando es usada en su acepción más general. Si así fuera los discursos del teórico y del participante no estarían refiriéndose a lo mismo. A partir del discurso teórico no sería posible obtener conclusión alguna en el lenguaje-objeto acerca del derecho, podríamos sólo obtener conclusiones acerca de los usos, o de un uso muy general de la palabra «derecho». Por el contrario, si admitimos que la teoría se refiere al derecho, su aporte, a pesar de ser conceptual no es metalingüístico. Al menos no lo es en el sentido de que se coloca en un nivel de lenguaje diferente del de aquellos que hablan del objeto derecho. El teórico, al hacer aserciones acerca de las características necesarias del concepto de derecho, está usando el lenguaje y se refiere al mismo objeto al que se refieren los aceptantes en la práctica. En tal medida, sus aserciones pueden tener consecuencias relevantes en esa práctica. Concretamente, por ejemplo, cuando el concepto que el teórico ha ayudado a identificar se usa para hacer aserciones específicas, o enunciados deónticos acerca de lo que jurídicamente se debe, o no se debe, hacer en un caso individual.

Debería ser claro que esto no significa que del discurso teórico se sigan consecuencias deónticas relativas a cómo actuar en un caso concreto conforme a un determinado derecho. Sin embargo, en la medida en que estas consecuencias deónticas presuponen el uso del concepto de derecho, éste y la tarea del teórico que lo identifica cobran, aunque sea indirectamente, relevancia práctica. En resumen, si el teórico está hablando de lo mismo que los dogmáticos, los abogados, los jueces, etc., emerge una consecuencia importante. El discurso de la teoría, si bien no es un discurso normativo acerca de lo que se debe o no se debe hacer, sí forma parte de las premisas descriptivas más abstractas sobre las que se apoya el discurso normativo de

los participantes. En otros términos, no hay total independencia entre los respectivos discursos (RAZ, 1998).

5.

En conclusión. Conforme a esta lectura, la teoría de HART, por una parte, afronta una cuestión metafísica acerca de aquello que el derecho es, y, por otra parte, en algún sentido, no es neutral, puesto que no puede evitar comprometerse respecto de aquellas consecuencias prácticas que se siguen al asumir dicha teoría. Podría pensarse que entender a HART de esta manera supone un doble movimiento destructivo que termina conduciendo al enfoque metodológico que el positivismo pretendía superar. En tal dirección, algunos autores han sostenido que la teoría de HART, por diversas razones, conduce al abandono o a la autodestrucción del positivismo jurídico (GOLDSWORTHY, 1990: 449-486).

Desafortunadamente, si aceptamos esta opinión también se siguen algunas consecuencias desconcertantes, difíciles de aceptar. En primer lugar, y aunque ésta no es una buena razón para criticar esta opinión, de ella resulta que HART, o bien inadvertidamente viola aquello que el método positivista exige, o bien conscientemente abandona el positivismo. En segundo lugar, de esta lectura se sigue necesariamente que la teoría jurídica positivista tiene carácter estipulativo puesto que propone y trabaja con «su» concepto de derecho (*i. e.* el concepto positivista que satisface la tesis de la no conexión necesaria con la moral) aun cuando de la práctica social surja un concepto completamente diferente.

Por último, y a mi entender esto sí da lugar a una razón de peso para rechazar esta interpretación, ella niega la tesis de la construcción social del objeto. Es decir, en esta visión, tanto el derecho como el concepto que se refiere a él no son fenómenos resultantes del comportamiento y actitudes de un grupo social. El derecho es una construcción humana, pero más precisamente es una construcción de las teorías. El problema es que cada teoría opera con «su» concepto —el que considere más útil a fines teóricos y prácticos—, lo cual hace muy probable que ellas no estén hablando de lo mismo y que, consecuentemente, carezca de sentido el diálogo entre las mismas.

La «nueva» lectura de la teoría de HART, ciertamente, no está libre de dificultades. Y, sobre todo, no está libre del riesgo de que, efectivamente, ya sea por inadvertencia o manipulación intencional, termine provocando un retorno a reflexiones metafísicas de un tipo que creíamos ya superado. Sin embargo, dejando por el momento de lado estas posibilidades de mala comprensión o manipulación —de las que ninguna lectura está exenta—, no parece haber en esta interpretación de HART algo que indique una tensión entre ella y un enfoque empírico y positivista acerca del derecho.

BIBLIOGRAFÍA

- ALCHOURRÓN, C., y BULYGIN, E., 1975: *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas*, Buenos Aires: Astrea, 29-31. Versión original: *Normative Systems*, New York-Wien: Springer Verlag, 1971.

- COLEMAN, J., 2010: «The Architecture of Jurisprudence: Part I», *1st Conference on Philosophy and Law*, Girona, 22-22 de mayo 2010.
- DICKSON, J., 2004: «Methodology in Jurisprudence. A Critical Survey», *Legal Theory*, 10, 117-156.
- GAIDO, P., 2011: *Las pretensiones normativas del derecho. Un análisis de las concepciones de Robert Alexy y Joseph Raz*, Madrid: Marcial Pons.
- GARDNER, J., 2012: «Hart on Legality, Justice and Morality», en *Law as a Leap of Faith*, Oxford: Oxford University Press, 221-237.
- GOLDSWORTHY, J. D., 1990: «The Self Destruction of Legal Positivism», *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 10, núm. 4 (Winter), 449-486.
- HART, H. L. A., 1977: *El concepto de derecho*, trad. de Genaro CARRIÓ, Buenos Aires: Abeledo Perrot. Versión original (1961), *The Concept of Law*, Oxford: Oxford University Press.
- NINO, C. S., 1984: *Introducción al análisis del Derecho*, Buenos Aires: Astrea, 2.^a ed.
- RAZ, J., 1998: «Two Views of the Nature of the Theory of Law: A Partial Comparison», *Legal Theory*, 4, 249-282.
- 2005: «Can There be a Theory of Law», en M. P. GOLDING y W. A. EDMUNSON (eds.), *The Blackwell Guide to Philosophy of Law and Legal Theory*, Oxford: Blackwell Publishers, 324-342.
- SEARLE, J., 2010: *Making the Social World. The Structure of human Civilization*, Oxford: Oxford University Press.

«A RULE-GOVERNED GUNMAN WRIT LARGE?» EL PUESTO DE LA COERCIÓN EN *THE CONCEPT OF LAW*

Anna Pintore

Università degli Studi di Cagliari
pintore@unica.it

Any fool can be original

William JAMES

RESUMEN. Frente a las opiniones que consideran que la coerción ha ido perdiendo su lugar central en la teoría del Derecho y sitúan el comienzo de esta tendencia en *El concepto de derecho*, este artículo trata de reivindicar el tratamiento de la coerción por parte de Hart en tres momentos de su obra: 1) el análisis de las reglas y de las obligaciones sociales; 2) la crítica a AUSTIN y KELSEN y la elaboración de la teoría de los *legal systems*; y 3) el tratamiento del contenido mínimo del derecho natural y del derecho internacional. La conclusión de la autora es que «*El concepto de derecho* no marca en absoluto una ruptura de la tradición iuspositivista en tema de coerción sino que se coloca en línea de continuidad con ella».

Palabras clave: Hart, coerción, positivismo jurídico.

«A Rule-Governed Gunman Writ Large?» The rol of coercion in The Concept of Law

ABSTRACT. Objecting to those who claim that coercion has been losing its central role in Legal Theory and considered that the point of departure of that new tendency is to be found in *The concept of Law*, this paper vindicates Harts way to address the topic on coercion in three moments of his work: 1) His analyses of rules and social obligation; 2) His objection against Austin and Kelsen and his elaboration of a theory of legal systems; 3) His way to address the minimum content of Natural Law and International Law. The conclusion of this paper is to consider The concept of Law fully align with the iuspositivist tradition on this issue rejecting it to be any departure or turning point.

Keywords: Hart, coercion, legal positivism.

* Fecha de recepción: 5 de septiembre de 2014. Fecha de aceptación: 21 de octubre de 2014.

Una versión inicial del presente trabajo se presentó en el XVIII Congreso Hispano-Italiano-Francés de Teoría del Derecho celebrado en la Universidad Carlos III de Madrid bajo la organización del Grupo de Investigación sobre el Derecho y la Justicia (GIDYJ).

1. INTRODUCCIÓN

Hay muchas razones para lamentar el repliegue que ha tomado el debate filosófico-jurídico post-hartiano, especialmente después de la publicación del *Postscript*¹. Quisiera centrarme aquí sobre una de ellas, me refiero a la prácticamente total ausencia, en la agenda de esta discusión, del tema de la coerción. Esta ausencia no es casual sino que es fruto de una concreta opción metateórica. La idea es que la coerción no representa un elemento necesario del derecho o, como también se suele decir, no es parte de su *naturaleza*. Por eso ha sido confiada a los sociólogos, ya que a la teoría sólo le compete dedicarse a los aspectos necesarios del derecho, principalmente, a su autoridad o normatividad, como se prefiere decir². La tesis, inicialmente sostenida por Joseph RAZ, ha conseguido muchos adeptos, especialmente en el mundo jurídico norteamericano y realmente puede ser considerada hoy preminente³.

El punto que me interesa subrayar es que, en la vulgata corriente, la paternidad espiritual de la tesis viene atribuida sin duda a Herbert HART. Con su crítica a los modelos austriano y kelseniano, HART habría demostrado de manera concluyente la insostenibilidad de una visión coercitivista del derecho y marcado así un decidido progreso en nuestra disciplina, además de un giro en el positivismo jurídico. El espíritu del tiempo está resumido en la afirmación de Andrei MARMOR según el cual los iuspositivistas del siglo XX (para él coincidentes con HART y RAZ) sostienen que la coerción no es una característica ni esencial ni central del derecho (*cf.* MARMOR, 2011).

Al decir verdad, recientemente se han levantado algunas voces críticas y han surgido dudas acerca de que el tema de la coacción pueda realmente ser tildado como difuso en el horizonte de la teoría del derecho⁴. Sin embargo, incluso entre esta minoría dubitativa se continúa dando por descontado que el lugar clásico de la tesis sea recontrarlo en *The Concept of Law* (HART, 1961, en adelante CL) y que su autor sea el padre espiritual del siglo XX. Más aún, a veces se reprocha a HART alguna incoherencia en la materia: se admite que de su libro florecería alguna *défaillance*, algún deslizamiento más o menos significativo en dirección de un iuspositivismo del viejo estilo pero siempre en el marco de una posición de principio inequívocamente anti- o no- coercitivista.

Sin duda, el libro de HART es extraordinariamente complejo y resbaladizo, al punto de suscitar, algunas veces, en el lector una exasperante sensación de falta de aside-ros. Las interpretaciones dispares de las que ha sido objeto en todos estos años no son debidas, por eso, a la exclusiva creatividad de sus comentaristas —que realmente no

¹ JORI (2005: 110) habla al respecto de «crónica de un fracaso». Un óptimo balance razonado es ofrecido por Aldo SCHIAVELLO, sea sobre el tema del debate entre iuspositivismo incluyente y excluyente, en SCHIAVELLO, 2004 (comentado por JORI, 2005), sea sobre el denominado convencionalismo, en SCHIAVELLO, 2010. En cuanto al denominado debate HART-DWORKIN (que no ha tenido nunca lugar como intercambio directo entre los dos autores) *vid.*, al menos, JORI, 2003; LEITER, 2004.

² *Vid.* RAZ, 1990: 158 y s.; RAZ, 2009a: 43 y ss., 107 y ss.; RAZ, 2009b; *cf.* DICKSON, 2001: 17 y ss.; SHAPIRO, 2011: 8 y ss. Para una valoración crítica de esta tesis, *cf.* BIX, 2003; PRIEL, 2010; SCHAUER, 2010a.

³ *Cfr.* por ejemplo, COLEMAN, 2001: 72; GREEN, 2005: 573 pp.; GARDNER, 2008; SHAPIRO, 2011: 92 y ss., 169 y ss.

⁴ *Vid.* en particular YANKAH, 2008; PRIEL, 2008; SCHAUER, 2010c; GERRY, 2010. *Cfr.* también HIMMA, 2006, Para una voz fuera del coro más destacado, *vid.* KRONMAN, 1975.

escasea— sino que dependen también del peculiar estilo argumentativo y, en el fondo, filosófico de HART, del que se ha escrito mucho⁵. HART, como todos sabemos, es un autor que rehúye siempre las respuestas netas, argumenta mediante claroscuros y está constantemente dispuesto a encontrar un núcleo de verdad hasta en las tesis que juzga más inaceptables.

Y, sin embargo, no siento compartir la lectura corriente de sus ideas en temas de coerción; más que menos me parece apropiado el reclamo a su autoridad para justificar una tesis general sobre las tareas de la teoría del derecho en relación con este tema. Teniendo realmente en cuenta los infinitos matices (y las no pocas incongruencias) de su pensamiento, considero, a fin de cuentas, que HART otorga a la coerción un puesto fundamental en su concepto de derecho y que esto no depende en absoluto de *obiter dicta* o de deslizamientos inadvertidos en dirección de un modelo clásico-positivista⁶. Considero, en definitiva, siempre en el espíritu de HART, que subrayar la centralidad del carácter coercitivo del derecho es fundamental en el programa de separación del derecho de la moral que caracteriza al positivismo jurídico.

Como es notorio, HART emprende el análisis del concepto de derecho procediendo por etapas que no se corresponden, sin embargo, en modo preciso con la progresión lineal de su libro. En un primer momento, examina la noción de regla social y la distingue de los hábitos. Ilustra así las peculiaridades de las reglas sociales que imponen obligaciones. Por tanto, distingue las reglas que crean obligaciones jurídicas de las que crean obligaciones morales. La etapa ulterior consiste en el análisis del caso paradigmático o central del derecho que es representado por los *mature* o *municipal legal systems* entendidos como unión de normas primarias y secundarias. La etapa conclusiva consiste en la exploración del concepto de derecho *en general* que incluye el caso *borderline* del derecho internacional y de sus contenidos mínimos necesarios.

Ahora bien, los ámbitos en los que el tema de la coerción emerge de un modo más claro en el libro de HART pueden ser divididos en tres bloques: 1) el análisis de las reglas y de las obligaciones sociales; 2) la crítica a AUSTIN y KELSEN y conexas elaboración de la teoría de los *legal systems*; 3) el tratamiento del contenido mínimo del derecho natural y del derecho internacional. Sobre cada uno de ellos me detendré en los próximos párrafos.

2. DERECHO Y MORAL COMO MECANISMOS COERCITIVOS DE CONTROL SOCIAL

Como es sabido, para que haya una regla social diferente a un simple hábito, entendido como el comportamiento convergente de los miembros del grupo, para HART deben estar presentes algunos elementos ulteriores⁷. En primer lugar, requiere que las desviaciones a la regla sean «*generally regarded as lapses or faults open to criti-*

⁵ Vid. especialmente JORI, 1985. Michael MOORE ha observado que la *Jurisprudence* de los últimos cincuenta años está llena de tentativas para constreñir a HART a dar una respuesta a preguntas que no han sido nunca formuladas. Cfr. MOORE, 2008: 8.

⁶ Como sostiene, por ejemplo, SCHIAVELLO en los trabajos citados en la nota 1.

⁷ Para un análisis más detallado *vid.* HACKER, 1977: 12 y ss.

cism, and threatened deviations meet with pressure for conformity, though the forms of criticism and pressure differ with different types of rule» (CL: 54, la redonda es mía). En segundo lugar, es necesario que las desviaciones sean vistas como una buena razón para la crítica y que ésta sea considerada justificada (excepto por una minoría de «*hardened offenders*» CL: 55) tanto por quien la realiza como por quien la sufre. En tercer lugar, es preciso que el comportamiento regularmente mantenido sea visto por lo menos por alguien como un estándar general «*to be followed by the group as a whole*» (CL: 55), prescindiendo de los sentimientos individuales de vínculos o constricciones que no son ni necesarios ni suficientes para la existencia de «*“binding” rules*» (CL: 56). Lo que es necesario es que sea «*a critical reflective attitude to certain patterns of behaviour as a common standard*» (CL: 56) que se expresa característicamente mediante el uso de una terminología normativa. Es lo que HART denomina el aspecto interno de las reglas.

Qué sea esta *pressure for conformity* la que es considerada el elemento constitutivo de la noción de regla social, deviene un poco más claro cuando HART pasa a identificar las características de aquéllas entre las reglas sociales que imponen deberes de conducta:

Rules are conceived and spoken of as imposing obligations when the general demand of conformity is insistent and the social pressure brought to bear upon those who deviate or threaten to deviate is great (CL: 84, la redonda es mía).

Esta *social pressure* cuya importancia trata HART como el factor primario para determinar si una regla es concebida por el grupo social como obligatoria, puede ser ejercitada de modo descentralizado o centralizado y puede expresarse socialmente de varias maneras: con manifestaciones verbales de desaprobación, reclamaciones al respeto de la regla, sanciones físicas; puede convocar como mínimo la presencia de sentimientos de vergüenza, remordimiento y culpa. Forma y modalidad de la presión social son factores decisivos para distinguir el derecho de la moral (*vid. infra*). HART añade que cuando hay una fuerte presión social las reglas son consideradas importantes para la vida social o alguna faceta de ésta y que típicamente las obligaciones chocan con los deseos del individuo y su cumplimiento comporta sacrificio o renuncia⁸.

Cuando pasa a distinguir entre obligaciones jurídicas y morales, el discurso se complica y, en apariencia, deviene incongruente porque HART señala como caracteres peculiares de estas últimas algunos elementos que antes había tratado como característicos de *todas* las reglas sociales institutivas de deberes. Esto depende del hecho de que, sin decirlo, en este punto de su discurso el autor quizá ha abandonado el concepto de regla *social* o, por decirlo mejor, emprende ahora una comparación entre entidades que no son entre sí homogéneas: por un lado, las obligaciones creadas por las reglas de la moral social (o positiva) y, por otro lado, las obligaciones creadas por reglas primarias de un ordenamiento jurídico. Como es sabido, mientras que, según su criterio, las primeras encuentran siempre su fuente en una regla social, las segundas, por el contrario, encuentran su fuente en un regla jurídica válida que, considerada aisladamente, no es necesariamente cumplida o dotada de aspecto interno y deriva su carácter de regla

⁸ Aunque HART no aclara el punto, parecería que para él es la seriedad de la presión social la que confirma la importancia de la regla más que al revés. *Vid.* CL: 166.

simplemente de su pertenencia al ordenamiento jurídico⁹. Se explica así el hecho de que considere como características peculiares de las obligaciones morales, entre otras, las siguientes¹⁰. En primer lugar, la importancia, esto es: 1) un considerable sacrificio del interés personal, 2) la seriedad de la presión social y 3) la relevancia de los aspectos de la vida social salvaguardados por el respeto a la regla. En segundo lugar, la forma de la presión social que en el caso de las reglas morales no se manifiesta —o no se manifiesta exclusivamente— mediante la amenaza de «*physical punishment or unpleasant consequences*» (CL: 175) o a petición de intereses personales sino por medio de reclamos al carácter moral de la acción en cuestión y a las exigencias de la moral. Cuando la regla es sostenida por la amenaza de sanciones físicas, aunque incluso generadas de manera descentralizada, nos encontramos frente a una forma rudimentaria de derecho.

«Presión social» es, por tanto, la denominación general que HART da a la variada tipología de *hostile social reactions* (CL: 175) que para él acompañan siempre a la violación efectiva o temida de cualquier regla social y que, más bien, representan una componente constitutiva de la regla misma. Presumiblemente, tales reacciones representan también el indicio más significativo —conjuntamente con el uso de un lenguaje normativo, con el que podría también coincidir— de la existencia de la regla y el parámetro para identificar el contenido como tal. Estas reacciones hostiles son, a todos los efectos, las sanciones y, especialmente, las sanciones negativas (*cf.* CL: 167, 177 y ss.). Sólo su intensidad sirve para distinguir las reglas que son fuentes de obligaciones de aquellas que no lo son y la forma en que se manifiestan sirve para distinguir (en este estado del discurso, en que se habla de reglas vistas aisladamente) entre obligaciones morales y jurídicas. Por otro lado, se recuerda que, típicamente, las sanciones morales y las jurídicas suscitan sentimientos diferentes, las primeras vergüenza, remordimiento y culpa; las segundas temor e interés pero no es ni necesario ni suficiente a los fines de existencia de la regla y de la eventual obligación correspondiente que el individuo verifique estos sentimientos. Éstos son, por así decir, impersonalmente *embedded* en los mecanismos normativos de la práctica social. La comprobación del tipo de sentimiento implicado y de su presencia podrá ser, a lo más, de auxilio para quien quiera distinguir entre una y otra práctica y comprender en el plano fáctico su génesis y funcionamiento. Para HART, la distinción entre razones y motivos es esencial.

En general, en el contexto de su discurso sobre las reglas y las obligaciones sociales, HART reconoce la continuidad del derecho y la moral como técnicas (o medios o métodos) de *control social*. No especifica qué deba entenderse por control social y ello no le ha ahorrado críticas¹¹. Pero del tenor de su exposición se puede obtener que, para él, derecho y moral son formas de control típicas en cuanto fenómenos *normativos*, por lo que incluso las reglas de los juegos son consideradas en la misma medida un medio de control social (CL: 202). Inclusive cuando no crean obligaciones, las reglas hacen no opcionales ciertos tipos de comportamiento; indicando uno estándar, hacen «*less eligible*» líneas alternativas de conducta —«*less eligible*» precisamente porque sobre las conductas (potencialmente) diferentes, la pauta social en que se manifiesta la

⁹ Este desplazamiento que es fuente de numerosos problemas en la teoría hartiana, ha sido ampliamente subrayado y discutido. *Vid. inter alia* HARRIS, 1979: 61 y ss.

¹⁰ Me limito a citar los puntos relevantes para mi discurso. Para el informe completo, *cf.* CL: 163 y ss.

¹¹ *Vid.* por ejemplo KRYGIER, 1982: 161 y ss.

regla, lleva a cabo un mecanismo de presión social¹²—. De tal modo, ellas «garantizan regularidad y, por tanto, previsibilidad en las relaciones entre personas que viven en el mismo entorno»¹³. En breve, las reglas —y en particular las reglas jurídicas y sociales— son mecanismos, en sentido amplio, coercitivos¹⁴.

En este punto de la exposición se puede observar que, por un lado, HART tiene un visión muy amplia del control social (para él lo ejercen todas las reglas); y, por otro, una visión muy limitada porque trata los cumplimientos como siempre coercitivos y tendencialmente identifica la coerción con la amenaza de sanción, aunque no necesariamente sanciones físicas¹⁵. Desde otro punto de vista, se puede observar que, además de formar una imagen muy poco «protestante» de la moral, a saber, demasiado desequilibrada sobre la moral social, tiende a representar la sociedad —el grupo— como un todo homogéneo; tiende a acreditar una imagen poco conflictiva o, al menos, poco pluralista¹⁶. Esto es, tal vez, comprensible si se coloca al autor en el contexto de Inglaterra y de Oxford de los años cincuenta pero suena muy extraño para un liberal ciertamente ajeno al conformismo ético como él. Y, de hecho, habla constantemente de la moral social en singular y presupone que la diversidad moral es una prerrogativa bien de unos pocos «*hardened swindlers*» (CL: 86), bien de quienes se limitan a cultivar los ideales morales sobre el papel. Cuando evoca, benthamianamente, la imagen arquetípica contenida en las entrañas de la palabra *obligation* —la de una cadena que ata al individuo— observa que el otro extremo de la cadena puede encontrarse en manos el grupo (o de sus representantes oficiales) (CL: 85).

3. COERCIONES Y SANCIONES EN UN SISTEMA JURÍDICO

Es especialmente en el contexto de las críticas al llamado modelo del bandido que es reconocido el rechazo, por parte de HART, de una visión coercitivistista del derecho. Y, en efecto, precisamente en las páginas en las que tales críticas son desarrolladas se encuentra casualmente una afirmación de aspecto inequívoco. En el rechazo de ambas versiones de la tesis de la reducibilidad de las normas que confieren poderes a fragmentos de normas, de obligación o sancionatorias, HART, en efecto, observa que «*both, in different ways, make the sanction a centrally important element, and both will fail if it is shown that law without sanctions is perfectly conceivable*» (CL: 38, la redonda es mía). Desafortunadamente, el autor difiere a otro momento el desarrollo de «*this*

¹² En HART, 1955: 175, se lee: «*Coercion includes, besides preventing a person from doing what he chooses, making his choice less eligible by threats*». Cfr. CL: 19, 80, donde la expresión «*less eligible*» se refiere a los efectos de la amenaza del bandido sobre su víctima.

¹³ Así, Mario RICCIARDI (2008: 184) oportunamente subraya, en el ámbito del control social sobreentendido por HART, el papel de coordinación y de organización junto al de pura y simple dirección de los comportamientos.

¹⁴ Lo había afirmado claramente en un ensayo algunos años precedente, CL: HART, 1958a, en el que habla de la «*important connection between the concept of coercion and obligation*» (p. 98) en el caso no sólo de las obligaciones jurídicas sino también en el de las morales (100 y 102 y ss.) y se declara en consonancia con J. S. MILL cuanto trata la noción de coerción como esencial a la obligación sea jurídica sea moral (p. 106). En realidad, el nexo entre *coercion* y *obligation* está presente en el pensamiento de HART desde HART, 1995.

¹⁵ El punto es subrayado por ANDERSON (2008: 26 y ss).

¹⁶ Vid. MACCORMICK, 2008: 77. Por su parte, HART, 1958a: 100, trata como «excesivamente protestante» la caracterización de la moral en términos de principios últimos individuales hecha por R. M. HARE.

general objection», dejando al lector la carga de buscar los pasajes relevantes. Como él, también dejaré por ahora la búsqueda de la demostración que ha prometido, tanto más cuando se considera normalmente poderla obtener desde la crítica hartiana al derecho entendido como un conjunto de órdenes sostenidas por amenazas.

Para resumir la crítica en dos palabras: por un lado, HART dice (contra el imperativista AUSTIN) que el derecho no puede ser tratado como un conjunto de órdenes colectivas porque es un fenómeno primariamente normativo irreductible a mecanismos psicológicos o de comportamiento; por otro, no puede ser reducido a un complejo de normas en su totalidad de sanción o sancionatorias.

Como es generalmente sabido, HART rechaza estas teorías porque desatienden «*the diverse ways in which the law is used to control, to guide, and to plan life out of courts*» (CL: 39) e infravaloran el uso activo que el derecho desempeña para plasmar las relaciones jurídicas (CL: 60). El modelo de las órdenes coercitivas no da cuenta del aspecto interno de las reglas y, por tanto, del punto de vista de aquellos que lo observan como estándares de conducta y no simplemente como indicios de posibles sanciones (CL: 88). Desde el punto de vista de quien lo acepta, el derecho está destinado primariamente a ser guía de las acciones y las sanciones apoyan como un remedio el fallo en el ejercicio de ésta su función primaria, son sólo «*ancillary provisions for the failures of the system*» (CL: 39).

Por otro lado, los teóricos posthartianos no niegan en absoluto que el derecho haga largamente uso de sanciones y no ignoran que HART era perfectamente consciente de ello. Es innegable la relevancia que para la normal operatividad de cualquier ordenamiento jurídico desarrollado comporta el uso de sanciones y se hace evidente en varios lugares. Para dar un solo ejemplo entre muchos, precisamente cuando introduce la célebre distinción entre punto de vista externo e interno y las respectivas aserciones, ilustrando los diversos tipos de afirmaciones que pueden ser cumplidas por un observador externo que no acepta el ordenamiento, él afirma: «*he may, in addition, record the regular hostile reaction to deviations from the usual pattern of behaviour as something habitual*» (CL: 244, la redonda es mía). Él da entonces, sin más, por descontado que esto que viene realizado desde el exterior como regularidad corresponde a aquello que es visto como normativamente regulado desde la perspectiva de quien adopta el punto de vista interno. Para él, indudablemente, las sanciones son «*ancillary provisions for the failures of the system*», pero aunque subordinadas son «vitales» e «indispensables» (CL: 29, 38).

Por tanto, es pacífico que para HART el derecho recurra largamente a la amenaza de las sanciones y que recurra a los fines de suministrar a sus destinatarios un motivo —quiera sea auxiliar— de conformidad a sus reglas (*cfr.* por ejemplo también CL: 27, 38).

Por cierto, hay un par de indicios en favor de una toma de posición incluso más fuerte por su parte. A veces de hecho, parece sostener no ya que todas las normas del ordenamiento tienen sanciones —como es obvio para él no la tienen las normas que confieren poderes—, sino que por lo menos las tengan todas las normas que imponen deberes.

Por ejemplo, cuando critica la tesis que reconoce la nulidad como sanción —haciendo notar que sólo en el caso de las órdenes coercitivas y no en el caso de las normas

que confieren poderes, si se sustrae la previsión de la sanción, todavía queda un estándar inteligible de comportamiento— añade una nota interesante: observa en efecto que «*it may of course be argued that in that case they would not be legal rules*» (CL: 34, la primera redonda es mía). La obligación jurídica es por tanto conceptualmente independiente de la sanción pero se acompaña «obviamente» de ella. Y, por otro lado, cuando ilustra la versión moderada de la teoría que trata las normas que confieren poderes como fragmentos, a saber aquella que reduce todas las normas a órdenes sostenidas por amenazas dirigidas a los ciudadanos, observa que tiene, al menos, el valor de no manipular la visión del sentido común de las normas que imponen deberes (CL: 37), dejando con ello entender, implícitamente, que para el sentido común, obligaciones y sanciones están vinculadas de manera no contingente. Tal vez florezcan aquí, o sea, en el contexto del discurso sobre las normas primarias de un ordenamiento jurídico, aquellos elementos de la *social pressure* y de la *hostile reactions* de que se ha hablado al inicio en relación con las reglas sociales. Hay, indudablemente, en el libro de HART una tensión no resuelta entre el análisis general de las reglas sociales y el análisis de las normas primarias de un sistema jurídico. El autor es consciente de que «*there are many things which are untrue of laws taken separately, but which are true and important in a legal system considered as a whole*»¹⁷. Al dar por descontado que el derecho sea una práctica social termina, sin embargo, por olvidar algunas veces sus propias cautelas y por tratar las reglas jurídicas como si fuesen, todas y cada una, reglas sociales¹⁸.

No me parece que sea el caso dar demasiado peso a estos apuntes que, de todos modos, no son adecuados para resquebrajar el sentido complejo de la crítica de HART a AUSTIN y a KELSEN¹⁹.

Por el contrario, necesita formularse la siguiente pregunta: del hecho de que para HART las normas jurídicas no sean amenazas coercitivas, ¿realmente se puede concluir que, en su opinión, el derecho no es «por su naturaleza» coercitivo²⁰? En mi opinión la respuesta debe ser negativa.

Cuando se pasa de la putativa situación prejurídica formada sólo por normas primarias a la situación en la que existe un *sistema* jurídico, el salto es notable. Ahora, de hecho, todo el peso del carácter social del derecho viene desplazado a la norma de reconocimiento: sólo ésta, para HART, no puede ser sino una norma social y debe tener todas las características de una norma social (*vid. supra*, § 2); las otras normas del ordenamiento, por el contrario, podrían no ser ni necesariamente aceptadas ni aplicadas aunque sí es obviamente necesario que sean al menos obedecidas por la mayoría. Cuando introduce la noción de regla de reconocimiento, HART observa que ella

¹⁷ HART, 1958b: 78. El fragmento citado es interesante porque concierne precisamente a nuestro tema. De hecho, prosigue así: «*For example, the connection between law and sanctions [...] must be understood in this more general way. It is surely not arguable (without some desperate extension of the word "sanction" or artificial narrowing of the word "law") that every law in a municipal legal system must have a sanction, yet it is at least plausible to argue that a legal system must, to be a legal system, provide sanctions for certain of its rules*».

¹⁸ Sobre el papel de la efectividad en el pensamiento de HART, *vid. JORI*, 2010: 93 y ss.

¹⁹ Esto, obviamente, no significa que la crítica de HART sea ejemplarizante. Al respecto, quedan sin superar, en mi opinión, las consideraciones de GAVAZZI, 1967 y HARRIS, 1979. Para una reciente vuelta a las críticas de HART a KELSEN, *vid. KLETZER*, 2010.

²⁰ Así GREEN, 1996: 1702.

will specify some feature or features possession of which by a suggested rule is taken as a conclusive affirmative indication that it is a rule of the group to be supported by the social pressure it exerts (CL: 92, la redonda es mía).

Claramente, aquí el grupo no se identifica con aquella comunidad uniforme que en las sociedades simples dan vida a las singulares reglas consuetudinarias, sean ellas las reglas de la moralidad social o reglas jurídicas rudimentarias de las que HART habla al inicio del libro. Aquí tenemos, por el contrario, que afrontar una estructura organizada; un aparato institucional coercitivo que usa la norma de reconocimiento para identificar las normas a las que podrá ser aplicada legítimamente la presión social y también —mediante las normas de aplicación reconocidas por ella— para establecer cómo y qué presión social deberá ser ejercida²¹. Como observa ANDERSON,

Regardless of whether the term «coercion» is properly limited to threatening activity, the real import of coercion, for Hart, is in the larger organization or system of coercion which both threatens and then follows through with physical sanctions (ANDERSON, 2008: 27).

Una de las características de gran parte de los sistemas jurídicos evolucionados, recuerda HART, es la «*centralization of social pressure*» (CL: 95) y el «*official monopoly of “sanctions”*» (CL: 91) unidos a la tendencial prohibición de la autotutela privada y del uso privado de la fuerza física (CL: 95). En todo el libro, el carácter centralizado de los *municipal legal systems* viene constantemente contrapuesto al descentralizado de la sociedad prejurídica y del derecho internacional (*vid. infra* § 4).

Recordemos otra vez la imagen de la obligación como cadena que ata al individuo y cuya extremidad puede ser controlada o por el grupo o por sus *officials representative*. Ni las normas que confieren poderes (me refiero en particular a los poderes privados) son extrañas a este marco porque el otro extremo de la cadena puede ser sostenido también por los particulares (CL: 85). Es cierto que para HART tales normas son radicalmente diferentes por la forma y función social de las normas que establecen obligaciones, dado que permiten crear estructuras de derechos y de deberes pero esto sucede siempre en el contexto del «*coercitive framework of the law*» (CL: 27, 48). Lo que significa ser titular de poderes jurídicos equivale a la posibilidad jurídica de servirse del poder coercitivo estatal y de controlar en una cierta medida su ejecución. Tal idea está articulada más claramente en el *Postscript*, donde HART observa que

legal rights and duties are the point at which the law with its coercive resources respectively protects individual freedom and restricts it or confers on individuals or denies to them the power to avail themselves of the law’s coercive machinery [HART, 1994: 269, la redonda es mía].

En definitiva, es cierto que para HART las normas que confieren poderes «*appear [...] as an additional element introduced by the law into social life over and above that*

²¹ Uno de los pocos autores que ha subrayado este aspecto es WALDRON, 2009: 328 y ss. que pone oportunamente en relación la función de la norma de reconocimiento de delimitar los límites de lo jurídico y la de legitimar, dentro del sistema, el uso de los aparatos coactivos y de las sanciones. Si podría en este sentido hablar de una función «garantista» de la norma de reconocimiento desde luego en un sentido mínimo de garantismo.

HIMMA, 2006 hace notar que «*the idea that one might, as a matter of morality, be justifiably sanctioned for not doing x makes sense where there are no formal mechanisms for sanctioning x, but the same cannot be said for the idea that one might, as a matter of legality, be justifiably sanctioned for not doing x where there are no legal mechanisms for sanctioning x. The legal availability of such mechanisms is a necessary condition for being legally justified in applying them to any behavior*».

of coercive control» (CL: 40, la redonda es mía), pero es también, por otro lado, cierto que para él tales normas no podrían explicar su peculiar función social si no se encuadraran dentro del *coercive framework of law*, que ofrece protección a las opciones del individuo cuando se llevan a cabo en las formas jurídicamente preestablecidas²². Y del resto no sé cuáles «*huge and distinctive amenity*» (CL: 41) podrían representar para los individuos si los derechos y deberes creados con base en ellas no encontrasen protección en el aparato coercitivo del ordenamiento.

Todo esto, naturalmente, no transforma el sistema jurídico hartiano en un *gunman writ large*, si con esto se quiere entender que sus normas son tratadas sólo como elementos útiles para prever las consecuencias negativas de las transgresiones y son obedecidas únicamente por temor a la sanción. HART, con oportuno realismo, deja abierta la posibilidad de que el derecho sea aceptado y/o obedecido por los más variados motivos. Indudablemente, es para él imprescindible que haya cooperación voluntaria, que en el caso de los ciudadanos particulares puede concretarse en una mera obediencia pasiva y que sólo en el caso de los funcionarios, los *officials*, se requiere una aceptación «activa» por algún motivo. Ningún ordenamiento podría en efecto regirse sólo sobre el temor a las sanciones por parte de sus destinatarios (*vid. infra* § 4).

Pero, indudablemente, el ordenamiento jurídico de las sociedades evolucionadas tal como es representado por HART es un *rule-governed gunman writ large*, un aparato institucional coercitivo que se sostiene sobre el monopolio de fuerza física, la administración de un modo centralizado mediante sus funcionarios y hace largamente uso de ella mediante sanciones incluso físicas en ventaja o en detrimento de sus destinatarios. No se concebiría de otra manera la referencia del autor a los posibles costes —a ponderar con los beneficios— recogidos en el paso de la sociedad simple al mundo jurídico. La «*sobering truth*» (CL: 197), observa HART, es que

the cost is the risk that the centrally organized power may well be used for the oppression of numbers with whose support it can dispense, in a way that the simpler régime of primary rules could not [CL: 198, la redonda es mía]²³.

El control social centralizado, precisamente en razón de los medios organizativos e institucionales de los que dispone y de la permanente superioridad de que goza, es mucho más peligroso que la opresiva presión social difusa.

El *Preface* de CL se abre con una célebre declaración de intenciones: «*My aim in this book has been to further the understanding of law, coercion and morality as different but related social phenomena*» (CL: v, la redonda es mía). No obstante los aspectos relacionados sobre los que no hay diferencias, me temo que el programa de HART no haya sido tomado suficientemente en serio, al menos en lo relativo a las relaciones entre derecho y coerción. Es cierto que para él el modelo positivista clásico de las órdenes

²² Como por otra parte fue señalado por BOBBIO en su momento (1970: 137). Observo incidentalmente que la consideración hecha en el texto mientras que por un lado armoniza con la tesis hartiana en el tema de la coerción, por otro lado debilita las críticas de HART a la teoría kelseniana de las normas secundarias como fragmentos, quedando ulteriormente plausible la posibilidad de su reconstrucción en estos términos.

²³ El escenario de la élite opresiva es evocado por GREEN, 2008. Un escenario similarmente inquietante es el de la *sheeplike society* (*cf.* CL: 114), sobre el cual *vid.* al menos WALDRON, 1999.

coercitivas no da cuenta de manera adecuada ni de la coerción *en el* derecho ni la coerción *del* derecho. No da cuenta de manera adecuada de la primera porque no todas las normas jurídicas prevén sanciones y sobre todo porque desprecia el punto de vista interno; no da cuenta de manera adecuada de la segunda porque desatiende que el aparato coercitivo sobre el que el derecho se sostiene está, él mismo, normativamente regulado por las normas secundarias a partir de la norma de reconocimiento. Pero el modelo de las órdenes sostenidas por amenazas es solo un modo equivocado de leer las relaciones entre coerción y derecho y liberarse de ello no significa cortar toda relación entre ambos elementos.

Es cierto que HART no incorpora en modo explícito el aspecto coercitivo en su controvertida «definición» de derecho como unión de normas primarias y secundarias²⁴. Y del mismo modo, es cierto que, en general, no tematiza expresamente el aspecto coercitivo del derecho y esto podría ser considerado indicativo de un pensamiento poco coherente. Prefiero interpretar su sobriedad, al menos cuanto a expresas declaraciones de principio, como debida, en parte, a la convicción de tener que afrontarlo con una obviedad de sentido común²⁵ y, en parte, al deseo de aparecer lo más distante posible de AUSTIN y sobre todo de KELSEN. De otro lado, es significativo que HART, que sin embargo ha tenido manera de criticar, en numerosas ocasiones, los aspectos equivocados de la doctrina pura del derecho, no había tomado nunca posición contra la fundamental idea kelseniana de que el derecho sea esencialmente coercitivo²⁶. Y, en realidad, los puntos de contacto entre los dos autores, incluso sobre nuestro tema, son evidentes: la contigüidad con KELSEN²⁷ —pero tal vez sobre todo con el KELSEN releído por BOBBIO²⁸— es sorprendente aunque a HART le falte el realismo político o el pesimismo kelseniano. Realmente, el lector no encontrará en su libro ninguna evocación al mito de la Medusa sobre el poder. El mundo jurídico que HART describe es, en efecto, demasiado normalizado: los riesgos opuestos de la élite opresiva y de la *sheeplike society* son para él, en el fondo, marginales. En el mundo jurídico hartiano cada uno de los actores tiende a hacer siempre su propia parte y ésta es puntualmente reflejada por el lenguaje adoptado por el mismo. Es un

²⁴ Vid. en este sentido por último JORI, 2010: 31. En el mismo sentido, KRONNAN, 1975: 606.

²⁵ Otro elemento de sentido común que HART da por descontado, sin explicitarlo, nunca es el de la presencia de un único derecho en cada sociedad salvo los casos de patología social. Sobre este elemento fundamental del concepto de derecho de sentido común, vid. JORI, 2010: 28 y *passim*.

²⁶ No me parece representativo un contraejemplo HART, 1964, en el que es criticado el argumento del regreso al infinito adoptado de KELSEN contra la tesis del imperativismo clásico que liga la juridicidad de la norma a la presencia de una ulterior norma sancionatoria. Pero vid. HART, 1965: 353-354 en que se menciona «*the theory (which is no favourite of mine) that law is most usefully distinguished from other forms of social control by its organized provision for sanctions as a distinguishing mark of law by writers like Austin or Kelsen was [...] motivated by the conviction that the introduction of organized sanctions explains the peculiarly imperative character of legal as distinguished from other types of social norms, and brings with it a number of associated differences*».

²⁷ No me parece casual que el tema de la coacción haya desaparecido de la agenda filosófico jurídica angloamericana junto con KELSEN (realmente desde siempre poco estudiado). Por cuanto se refiere a la Gran Bretaña, una útil panorámica está en KLETZER, 2010, que relaciona el creciente desinterés hacia KELSEN, entre otras razones, con el cambio de los programas de estudio operados por DWORKIN como sucesor de HART en la cátedra de *Jurisprudence* en Oxford. Por cuanto se refiere a los Estados Unidos, vid. TELMAN, 2006.

²⁸ No me consta que HART haya citado alguna vez a BOBBIO en alguno de sus trabajos aunque realmente le conocía bien. En la entrevista de SUGARMAN (2005: 275) califica a KELSEN y BOBBIO como los filósofos del derecho más eminentes de su generación.

mundo esencialmente filtrado a través de la representación del derecho realizada por la jurisprudencia²⁹.

4. LA NECESIDAD NATURAL DE UN ORDENAMIENTO COERCITIVO

Me había comprometido a volver sobre la afirmación de HART según la cual un derecho que no haga uso de sanciones es perfectamente concebible. En efecto, es desde esta afirmación de donde se piensa poder obtener sea la posición global de HART en tema de coerción, sea el argumento teórico por el que la coerción, en cuanto ajena a la naturaleza del derecho, está fuera de temas legítimos de la teoría jurídica.

La objeción de principio es tratada por HART en el último capítulo de su libro, de ratificación del discurso sobre el contenido mínimo del derecho natural. Aquí denuncia dos modos equivocados de afrontar el problema de si el derecho debe hacer uso de sanciones. Veamos sobre todo la primera.

Según él, la presencia de sanciones es requerida por el significado de la palabra «derecho» o «sistema jurídico»; es, en definitiva, necesaria por definición. Quien haya leído aunque sea sólo superficialmente *The Concept of Law*, puede imaginar qué poco agrada a HART este modo de enfocar las cosas: aunque el libro eleva a menudo «*questions which may well be said to be about the meanings of words*» (CL: v), ninguno de los problemas fundamentales del derecho a partir del concepto mismo de derecho, puede ser afrontado fructíferamente para él como una cuestión de definición, o sea, de indicación de las condiciones necesarias y suficientes por el uso de un término.

Ésta es su réplica:

There are no settled principles forbidding the use of the word «law» of systems where there are no centrally organized sanctions, and there is good reason (though no compulsion) for using the expression «international law» of a system, which has none (CL: 195, la redonda es mía).

Bien mirado, es una réplica un poco extraña porque no responde en absoluto a la pregunta: «¿Es posible un derecho sin sanciones?», sino a la pregunta *diferente* de «¿Es posible un derecho sin sanciones *centralizadas*?»³⁰. Esto, obviamente, debilita un poco el alcance de la refutación aunque ofrece una indicación de las ideas de HART sobre el papel de las sanciones y sobre la naturaleza del derecho internacional. Entre las distintas diferencias estructurales que, según el autor, intervienen entre este último y el derecho estatal, se apunta la falta en aquél de un sistema de sanciones centralmente organizado (CL: 212). Sin duda subsiste, dice él, una obvia analogía entre las sanciones centralizadas de los *municipal legal systems* y las denominadas «sanciones descentrali-

²⁹ La referencia aquí es a JORI, 1979: esp. caps. 4 y 5.

³⁰ La réplica es extraña también porque se coloca en el contexto de una crítica a la tesis por la que el derecho puede tener cualquier contenido. HART evidentemente se refiere a KELSEN, aunque sin mencionarlo, pero el modelo kelseniano de la norma primaria sancionatoria expone a la doctrina pura a la crítica opuesta, aquella de atribuir al derecho siempre el mismo contenido. Además, se observa que HART refiere la expresión «*system*» al derecho internacional, mientras que en el último capítulo del libro pone en claro que no puede ser considerado en absoluto un sistema porque falta una norma de reconocimiento.

zadas» de las represalias y de la guerra de las que habla KELSEN, pero ella no es decisiva para dirimir la cuestión de si el derecho internacional sea considerado como derecho³¹. Con todo eso, aunque en el derecho internacional «*there is a general pressure for conformity to the rules [...] and their breach is held to justify not only insistent demands for compensation, but reprisals and counter-measures*» (CL: 214-215). De otro modo, no se podría hablar de reglas que gobiernan el comportamiento de los Estados, dado que al concepto de regla (social) hartiano, como hemos visto al inicio, le resulta indispensable el elemento de la presión social. A lo más, en el caso de los Estados, es normalmente de relativa debilidad, además de descentralizada y no organizada (CL: 226). Así, no es que falten propiamente las sanciones en el derecho internacional, es que falta un aparato coercitivo organizado y centralizado que las administre mediante una norma de reconocimiento y añada las normas de adjudicación. En comparación con el derecho internacional, dice HART, el derecho estatal es «*far more strongly coercive*» (CL: 226), y eso en el caso de que admitamos que el derecho internacional lo es, en el sentido de que lo son todas las reglas socialmente aplicadas.

Cuenta entonces, especialmente, la diferencia entre los sujetos de la comunidad estatal y los de la internacional, entre los seres humanos y los Estados; y con ello el contenido mínimo del derecho natural. Así, llegamos al segundo modo equivocado de afrontar la cuestión de si el derecho debe siempre prever sanciones. Hemos visto que el error del primero consistía en plantear la cuestión en términos definitorios. El error del segundo consiste en tratar la presencia de sanciones en el derecho como una circunstancia de hecho puramente contingente aunque omnipresente. HART no explica por qué esta aproximación fáctica le resulta insatisfactoria, pero parece claro que lo es porque el concepto de derecho que titula su libro no se reduce ni al significado de la palabra «derecho» ni a una colección de elementos estadísticamente frecuentes³². Es en este punto cuando HART introduce, junto a las definiciones y a las ordinarias aserciones fácticas, un tercer tipo de aserciones cuya veracidad «*is contingent on human beings and the world they live in retaining the salient characteristics which they have*» (CL: 195)³³. Con base en este tercer tipo de aserciones, las sanciones son consideradas una *necesidad natural* de los sistemas jurídicos: ellas son tanto posibles como necesarias pero solo a condición de que los individuos humanos y el mundo continúen siendo lo que son.

En un pasaje que suena entre los más hobbesianos del libro³⁴, después de haber rebatido que los individuos obedecemos al derecho por una variedad de motivos, que las ventajas de un sistema de recíprocas abstenciones están en condiciones de favorecer la cooperación voluntaria de la mayoría, pero que la tentación de hacer prevalecer el propio interés inmediato sobre el respeto de las reglas amenaza permanentemente, observa HART:

³¹ Y así, tratar la cuestión de la juridicidad del derecho internacional como ligada a las presencia o a la ausencia de sanciones equivale para él a retroceder al modelo de las órdenes sostenidas por amenazas. CL: 212.

³² Por ello, HART concebiría como inaceptable una posición como la de SCHAUER que para reforzar la importancia del estudio de la coerción por parte de la teoría del derecho, recurre a generalizaciones sociológicas. Además de a los escritos citados en la nota 5, *vid.* SCHAUER, 2010a.

³³ Sobre el contenido mínimo del derecho natural, *vid.* por último RICCIADI, 2008.

³⁴ Hobbesiana es obviamente la alusión a la «*social life [...] less nasty, less brutish, and less short*» (CL: 191). *Cfr.* SHINER, 1980.

Yet, except in very small closely-knit societies, submission to the system of restraints would be folly if there were no organization for the coercion of those who would be folly if there were no organization for the coercion of those who would then try to obtain the advantages of the system without submitting to its obligations. «Sanctions» arte therefore required not as the normal motive for obedience, but as a guarantee that those who would voluntarily obey shall not be sacrificed to those who would not. To obey, without this, would be to risk going to the wall. Given this standing danger, what reason demands is voluntary co-operation in a coercive system (CL: 193).

El largo pasaje citado es una implícita réplica a quien teme que concentrarse sobre las sanciones equivalga a recaer en el modelo de las órdenes basadas en amenazas y, por tanto, una visión esencialmente psicológica del derecho y de las obligaciones jurídicas. Como ya ha sido recordado, para HART el derecho no es normalmente obedecido, ni menos aceptado, solo por el temor a la sanción: de hecho, un derecho que se sostuviese exclusivamente sobre el miedo no tendría los recursos necesarios para sobrevivir³⁵. Por otro lado, en su criterio el derecho usa —y lo hace generosamente— la amenaza de las sanciones sólo para influir sobre las motivaciones de sus destinatarios. El párrafo citado un poco más arriba confirma ambos temas y permite resolver la aparente contradicción: se dice, en efecto, que una organización social coercitiva capaz de imponer sanciones sobre los potenciales transgresores es necesaria *precisamente porque es posible —además de racional para el individuo— obedecer al derecho por motivos diferentes al del temor a la sanción*. La cooperación voluntaria es racional y posible solo en el marco de un sistema coercitivo capaz de imponer sanciones. Pero el hecho de que un sistema normativo sea coercitivo no condiciona de modo mecánico, en el contexto fáctico, los procesos psicológicos individuales: tener una obligación no equivale a sentirse, o a estar, obligado. Ni prejuzga, en el contexto de justificación, la reconstrucción de éste como un conjunto de razones normativas en las que las específicas sanciones tienen un puesto meramente auxiliar. Como ha subrayado John FINNIS, en el pasaje citado HART transita varias veces de la prospectiva del individuo a la perspectiva del «*law-maker*»³⁶. Para el individuo es cuestión de racionalidad: el «cálculo» que lleva a la decisión de cooperar voluntariamente tiene como factor determinante la presencia de un aparato que, sólo en cuanto centraliza en sí mismo el poder coercitivo, puede protegerlo ajustando la doble ventaja que los transgresores obtienen de la cooperación de los otros³⁷. La alternativa, descabellada, es el permanente riesgo de «*going to the Wall*». Para el «*law-maker*», por el contrario, la vía es obligada: si el sistema quiere tener esperanza de existir como tal, deber fundarse sobre una organización que tenga los recursos fácticos y normativos para imponer sus normas incluso con la amenaza y con el uso de la fuerza física, al menos mientras que la naturaleza humana siga siendo lo que es. En caso contrario, no tendremos un derecho sin sanción, sino simplemente un no-derecho, otra cosa diferente.

³⁵ La persistencia en el tiempo, o sea su carácter no episódico, de las prácticas jurídicas es un ulterior elemento del concepto de derecho de sentido común que HART da siempre por descontado sin explicitarlo nunca.

³⁶ FINNIS, 2008: 15. Las observaciones que siguen son mías y no de FINNIS quien, por el contrario, lee en el pasaje citado una presunta adhesión de HART a la visión tomista del derecho como *ordinatio rationis ad bonum commune*.

³⁷ Estoy lejos de querer tratar a HART como un hobbesiano. Obviamente en su orden de ideas los individuos no efectúan ningún cálculo o, por mejor decir, para él es totalmente contingente y en todo caso irrelevante que el comportamiento práctico a adoptar de cara al derecho se el fruto de una deliberación racional.

Todo esto demuestra, me parece que de manera clara, que para HART el derecho como medio de control social se caracteriza y se distingue de las otras técnicas de control por el modo peculiar en que concentra en sí mismo el poder coactivo y lo ejercita mediante las sanciones, y que para él no es posible prescindir de este elemento si se quiere dar cuenta de un modo adecuado del carácter normativo atribuido al derecho por los participantes en la práctica jurídica. Aunque nunca se haya expresado así sobre el tema, HART habría seguramente considerado absurda o más probablemente fútil la idea de orientar la descripción del derecho con base en las características que éste *podría* tener en una sociedad imaginaria, por ejemplo en una comunidad de individuos más parecidos a ángeles que al estado actual de los seres humanos³⁸. Para él, el concepto de derecho del cual la teoría debe ocuparse es solo el incorporado en los discursos y en las prácticas sociales ordinarias, no aquél que existe en el reino de las posibilidades lógicas.

HART es famoso, además de por *El concepto de derecho* y por sus estudios sobre Bentham, también por haberse dedicado al tema de la justificación de la pena y al de la imposición coactiva de la moral positiva mediante el derecho³⁹. Entre ambos temas, el aspecto coercitivo del derecho resalta de manera inequívoca. No creo que estos intereses sean una casualidad. Discutiendo las ideas de Lord DEVLIN, él avanza la tesis por la que ninguna institución social y práctica normativa pueda sustraerse a la criba de la crítica, «*in the light of general principles and knowledge of the facts*» (HART, 1963: 20). Esto vale de modo particular para el derecho: «*we are committed at least to the general principle that the use of legal coercion by any society calls for justification as something prima facie objectionable to be tolerated only for the sake of some counter-vailing good*» (*ibid.*).

Dejar de lado la coerción como tema teórico-jurídico comporta, por ello, el riesgo de eludir esta exigencia de justificación que incluso en la obra cumbre de HART tiene un espacio no secundario⁴⁰.

El concepto de derecho no marca en absoluto una ruptura de la tradición iuspositivista en tema de coerción sino que se coloca en línea de continuidad con ella. Todo loco puede ser original pero HART no estaba tan loco como para aspirar a la originalidad a costa de todo.

(Traducción de José María Sauca)

³⁸ Me refiero al «derecho angélico» hipnotizado por RAZ, 1990: 150-160. *Cfr.* CL: 101 donde son juzgados «*pointless or idle*» los juicios de validez formulados con base en un derecho extinto o que no ha existido nunca. En realidad, RAZ ha obtenido su ejemplo del derecho angélico del mismo HART, en COHEN y HART, 1955: 253, que, sin embargo, lo aduce como propio para rechazar la idea de que un sistema jurídico pueda ser identificado mediante un elenco de condiciones necesarias.

³⁹ HART, 1968; HART, 1963. El tema de la coerción está, por otra parte, presente también en HART y HONORÉ, 1959.

⁴⁰ *Vid.* CL: 204 y ss., en las que el problema de la separación entre derecho y moral es presentado en términos de elección entre una definición amplia y una restringida del concepto de derecho; elección a realizar con base en exigencias de claridad no sólo teórica sino también moral, de la valoración moral del derecho. El punto ha sido leído no injustamente como indicio de una adhesión por parte de HART al iuspositivismo normativo. Para la posición de SCARPELLI sobre el tema, *cfr.* SCARPELLI, 1965: 133-134.

BIBLIOGRAFÍA

- ANDERSON, S. A., 2008: «How Did There Come To Be Two Kinds of Coercion?», en D. A. REIDY y W. J. RIKER (eds.), *Coercion and the State*, New York: Springer, 17-30.
- BIX, B., 2003: «Raz on Necessity», en *Law and Philosophy*, 22, núm. 6, 537-559.
- BOBBIO, N. [1966], 1970: *Diritto e forza*, en N. BOBBIO, *Studi per una teoria generale del diritto*, Torino: Giappichelli.
- COHEN, J., y HART, H. L. A., 1955: «Theory and Definition in Jurisprudence», *Proceedings of the Aristotelian Society*, Supplementary Volumes, 22, 213-264.
- COLEMAN, J. L., 2001: *The Practice of Principle*, Oxford: Oxford University Press.
- DICKSON, J., 2001: *Evaluation and Legal Theory*, Portland: Hart Publ.
- FINNIS, J., 2008: «On Hart's Ways: Law as Reason and as Fact», en M. H. KRAMER, C. GRANT, B. COLBURN y A. HATZISTAVROU (eds.), *The Legacy of H. L. A. Hart, Legal, Political, and Moral Philosophy*, Oxford: Oxford University Press.
- GARDNER, J., 2008: *How Law Claims, What Law Claims*, Oxford Legal Studies Research Paper núm. 44/2008. Disponible en <http://ssrn.com/abstract=1299017> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1299017> SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1299017>.
- GAVAZZI, G., 1967: *Norme primarie e norme secondarie*, Torino: Giappichelli.
- GERRY, K., 2011: *The Role of Coercion in the Jurisprudence of Hart and Raz: a Critical Analysis*. (December 20, 2010). Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1911249> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1911249>.
- GREEN, L., 1996: «The Concept of Law Revisited», en *Michigan Law Review*, 94, 6, 1687-1717.
- 2005: «General Jurisprudence: a 25th Anniversary Essay», *Oxford Journal of Legal Studies*, 25, 4, 565-580.
- 2008: «Positivism and the Inseparability of Law and Morals», *New York University Law Review*, 83, 4, 1035-1058.
- HACKER, P. M. S., 1977: «Hart's Philosophy of Law», en P. M. S. HACKER y J. RAZ (eds.), *Law, Morality and Society. Essays in Honour of H. L. A. Hart*, Oxford: Clarendon Press, 1-25.
- HARRIS, J. W., 1979: *Law and Legal Science. An Inquiry into the Concepts Legal Rule and Legal System*, Oxford: Clarendon Press.
- HART, H. L. A., 1955: «Are There Any Natural Rights?», en *The Philosophical Review*, 64, 2, 175-191.
- 1958a: «Legal and Moral Obligation», en A. I. MELDEN (ed.), *Essays in Moral Philosophy*, Seattle: University of Washington Press, 82-107.
- 1958b: «Positivism and the Separation of Law and Morals», en *Harvard Law Review*, vol. 71, núm. 4 (febrero), 593-629. También en H. L. A. HART, *Hart Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford: Clarendon Press, 1983.
- 1961: *The Concept of Law*, Oxford: Clarendon Press.
- 1963: *Law, Liberty and Morality*, Oxford: Oxford University Press.
- 1964: *Self-referring Laws*, en *Festschrift Tillaagnad Karl Olivecrona*, Stockholm: Kunglia Boktryckeriet, 307-316. También en H. L. A. HART, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford: Clarendon Press, 1983, 170-178.
- 1965: «Lon L. Fuller: The Morality of Law», en *Harvard Law Review*, 78, 1281-1296. También en H. L. A. HART, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford: Clarendon Press, 1983.
- 1968: *Punishment and Responsibility*, Oxford: Oxford University Press.
- 1983: *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford: Clarendon Press.

- [1961], 1994: *The Concept of Law*, 2nd ed., with a Postscript edited by Penelope A. BULLOCH and Joseph RAZ, Oxford: Clarendon Press.
- HART, H. L. A., y HONORÉ, T., 1959: *Causation in the Law*, Oxford: Clarendon Press.
- HIMMA, K. E., 2006: *Hart and Austin Together Again for the First Time. Enforcement and the Theory of Legal Obligation*. SSRN: <http://ssrn.com/abstract=727465>.
- JORI, M., 1979: *Il metodo giuridico tra scienza e politica*, Milano: Giuffrè.
- [1979], 1985: «Hart e l'analisi del linguaggio», en M. JORI, *Saggi di metagiuriprudenza*, Milano: Giuffrè.
- 2003: «L'ultimo Hart e la teoria dionisiaca del diritto: una discussione mancata», *Ragion pratica*, 21, 2, 405-434.
- 2005: «Meditazioni sul giuspositivismo dopo Hart», en *Notizie di Politeia*, 21, 79, 110-121.
- 2010: *Del diritto inesistente*, Pisa: ETS.
- KLETZER, Ch., 2010: *The Role and Reception of the Work of Hans Kelsen in the United Kingdom*. SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1578145>.
- KRONMAN, A. T., 1975: «Hart, Austin, and the Concept of Legal System: the Primacy of Sanctions». en *The Yale Law Journal*, 84, 3, 584-607.
- KRYGIER, M., 1982: «“The Concept of Law” and Social Theory», en *Oxford Journal of Legal Studies*, 2, 2, 155-180.
- LEITER, B. (2004), «The End of the Empire: Dworkin and Jurisprudence in the 21st Century», *Rutgers Law Journal*, 36, 1, 165-181.
- MACCORMICK, N. [1981], 2008: *H. L. A. Hart*, Stanford: Stanford University Press.
- MARMOR, A., 2011: *The Nature of Law*, en E. N. ZALTA (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2011 Edition), <http://plato.stanford.edu/archives/spr2011/entries/lawphil-nature/>.
- MOORE, M. S., 2000: *Educating Oneself in Public. Critical Essays in Jurisprudence*, Oxford: Oxford University Press.
- PIREL, D., 2007: «Jurisprudence and Necessity», en *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 20, 1, 173-200.
- 2008: «Sanction and Obligation in Hart's Theory of Law», en *Ratio Juris*, 21, 3, 404-411.
- RAZ, J. [1975], 1990: *Practical Reason and Norms*, Oxford: Oxford University Press.
- [1979], 2009a: *The Authority of Law*, Oxford: Oxford University Press.
- 2009b, «Can There Be a Theory of Law?», en J. RAZ, *Between Authority and Interpretation*, Oxford: Oxford University Press.
- RICCIARDI, M., 2008: *Diritto e natura. H. L. A. Hart e la filosofia di Oxford*, Pisa: ETS.
- SCARPELLI, U., 1965: *Cos'è il positivismo giuridico*, Milano: Comunità.
- SCHAUER, F., 2010a: *Necessity, Importance, and the Nature of Law*. SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1594930>.
- 2010b: «The Best Laid Plans», en *The Yale Law Journal*, 120, 3, 586-621.
- 2010c: «Was Austin Right After All? On the Role of Sanctions in a Theory of Law», en *Ratio Juris*, 23, 1, 1-21.
- SCHIAVELLO, A., 2004: *Il positivismo giuridico dopo H. L. A. Hart*, Torino: Giappichelli.
- 2010: *Perché obbedire al diritto? La risposta convenzionalista ed i suoi limiti*, Pisa: ETS.
- SHAPIRO, S. J., 2011: *Legality*, Cambridge (Mass.): Belknap Press.
- SHINER, R. A., 1980: «Hart and Hobbes», en *William and Mary Law Review*, 22, 2, 201- 225.
- SUGARMAN, D., 2005: «Hart Interviewed: H. L. A. Hart in Conversation with David Sugarman», en *Journal of Law and Society*, 32, 2, 267-293.

- TELMAN, D. A. J., 2006: *Selective Affinities: On the American Reception of Hans Kelsen's Legal Theory*, Bepress Legal Series, Paper 1341.
- WALDRON, J., 1999: «All We Like Sheep», en *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 12, 1, 169-186.
- 2009: «Who Needs Rules of Recognition?», en M. D. ADLER, y K. E. HIMMA (eds. di), *The Rule of Recognition and the U.S. Constitution*, Oxford: Oxford University Press, 327-349.
- YANKAH, E. N., 2008: «The Force of Law: the Role of Coercion in Legal Norms», en *University of Richmond Law Review*, 42, 5, 1195-1255.

EL ÁNGULO MUERTO DE HART. LA PIEZA QUE FALTA EN *THE CONCEPT OF LAW*

Bruno CELANO

Università degli Studi di Palermo

RESUMEN. Al inicio de *El Concepto de Derecho*, HART sugiere una asimilación errónea entre conducta que es «no opcional» y conducta que es «obligatoria» (*i. e.* conducta que o es forzada o sometida a una obligación). Esta asimilación vicia el argumento del libro en su conjunto, llevándole a HART a descuidar las diferentes vías en las que el derecho monitorea, corrobora o constituye relaciones de poder. Es cierto y evidente que en *The Concept of Law* la atención se dedica a los poderes normativos, legales. Sin embargo, el poder social bruto, y las relaciones del derecho con él —el papel del derecho como una pieza en la maquinaria de los poderes sociales— están ampliamente ignorados. Éste es, de alguna manera, el ángulo muerto de HART. Enuncio algunas de las vías, aparte de la coerción u obligación, en las que el derecho puede servir, corroborar o ser un instrumento de poder social. También muestro que el tratamiento de HART de las relaciones entre el derecho y el poder político, en *The Concept of Law*, es insatisfactorio. Tanto su reconstrucción de la surgimiento ideal de un sistema jurídico desarrollado y el argumento que sustenta «el contenido mínimo del derecho natural» presuponen la idea de un grupo social en el que no subsisten relaciones de poder.

Palabras clave: H. L. A. HART, poder, filosofía del derecho analítica, filosofía jurídica y política, Estado de derecho, normas que confieren poderes, derecho e ideología.

Hart's blind spot. The missing piece in *The Concept of Law*

ABSTRACT. At the beginning of *The Concept of Law* HART suggests a mistaken assimilation between conduct that is «non-optional» and conduct that is «obligatory» (*i. e.* conduct that is either coerced or subject to an obligation). This suggested assimilation vitiates the argument of the whole book, leading HART to neglect the different ways in which the law typically tracks, corroborates or constitutes power relations. It is true that, famously, attention is paid, in *The Concept of Law*, to normative, legal powers. Brute social power, and law's relation to it —the role of law as a cog in the workings of social powers—, however, are largely overlooked. This is, in a way, HART's blind spot. I list some of the ways, other from coercion or obligation, in which the law may happen to serve, corroborate or be an instrument of social power. I also show that HART's treatment of the relations between the law and political power, in *The Concept of Law*, is unsatisfactory. Both his reconstruction of the ideal genesis of a developed legal system and the argument supporting a «minimal content of natural law» presuppose the idea of a social group in which no power relationships subsist.

Keywords: H. L. A. HART, power, analytical jurisprudence, legal and political philosophy, rule of law, power-conferring rules, law and ideology.

* Fecha de recepción: 5 de septiembre de 2014. Fecha de aceptación: 21 de octubre de 2014.

Una versión inicial del presente trabajo se presentó en el XVIII Congreso Hispano-Italiano-Francés de Teoría del Derecho celebrado en la Universidad Carlos III de Madrid bajo la organización del Grupo de Investigación sobre el Derecho y la Justicia (GIDYJ).

1. EL PUNTO CIEGO

En la introducción a *The Concept of Law* (en adelante, CL) HART observa: «*The most prominent general feature of law at all times and places is that its existence means that certain kinds of human conduct are no longer optional, but in some sense obligatory*» («la característica general más destacada del derecho, en todo tiempo y lugar, es que su existencia significa que ciertos tipos de conducta humana no son ya optativos sino obligatorios, en algún sentido», CL: 6; versión española —en adelante CD—: 7; *cfr.* también CL: 80, CD: 102: «*Where there is law, there human conduct is made in some sense non-optional or obligatory*»)¹.

Esta observación parece inocua pero tiene trampa. La observación sugiere una identificación: la identificación entre ser una línea de conducta «no opcional» y ser una «obligatoria» y esta identificación es falaz. HART aclara explícitamente que la característica en cuestión —el ser un cierto tipo de comportamiento no opcional y obligatorio— no es «simple». Escribe: «es posible distinguir dentro la esfera de la conducta no optativa u obligatoria, diversas formas» («*within the sphere of non-optional or obligatory conduct we can distinguish different forms*», CL: 6; CD: 8). Hay así varios sentidos o modos en los que un cierto comportamiento puede decirse no opcional (o no más opcional) u obligatorio. La distinción que aquí tiene HART en mente y que analiza es, como veremos a continuación, la que media entre el ser obligado y tener una obligación. Pero, repito, el problema es —a contracorriente respecto de esta distinción— la identificación que HART sugiere y parece sobreentender (pero no afirma ni, menos aún, argumenta) entre lo no (más) opcional y lo obligatorio.

«*The simplest sense in which conduct is no longer optional*», prosigue HART «*is when one man is forced to do what another tells him; not because he is physically compelled in the sense that his body is pushed or pulled about, but because the other threatens him with unpleasant consequences if he refuses*» («El sentido primero, y el más simple, en que la conducta no es ya optativa, se presenta cuando un hombre se ve forzado a hacer lo que otro le dice, no porque sea compelido físicamente en el sentido de que se actúa sobre su cuerpo, sino porque el otro lo amenaza con consecuencias desagradables si se rehúsa a hacer lo que éste quiere», CL: 6; CD: 8). Este tipo de situación es ejemplificado por el caso de un asaltante que amenaza a su víctima con un cuchillo ordenándole que le entregue la bolsa. En un caso de este tipo, señala HART, aquél al que se le dice hacer una cierta cosa si efectivamente la hace (si el viajero entrega la bolsa al bandido) se dirá que él «ha estado obligado» a actuar así («*he was obliged to do so*») (CL: 6; CD: 8).

El segundo sentido, «menos simple», en que la conducta humana es «no-opcional, obligatoria» («*a second way in which conduct may be not optional but obligatory*»), «una segunda manera en que la conducta puede ser no optativa sino obligatoria» CL: 7; CD: 8-9) que HART toma en consideración en CL es que un cierto comportamiento sea *moralmente* obligatorio (HART buscará así extraer y definir un tercer sentido, el de la obligación jurídica). De aquí la impostación de fondo del libro: «Promover la

¹ Éste, dice HART, es el «punto de partida» tanto de la teoría de AUSTIN como de su propia teoría (CL: 80; CD: 102).

comprensión de derecho, coerción y moralidad como fenómenos sociales diferentes pero conexos» (CL: V, CL: X): el «fin (*purpose*)» del libro es «[to provide] a better understanding of the resemblances and differences between law, coercion, and morality, as types of social phenomena» («una mejor comprensión de las semejanzas y de las diferencias entre derecho, coerción y moralidad como tipos de fenómenos sociales», CL: 17; CD: 21. Cfr. también EJP: 91; *Comment*: 38; PS: 240)². De aquí que su problema fundamental sea determinar cuáles son las relaciones que se establecen entre el derecho, por un lado, y la coerción y la moral, por el otro³.

En el fondo, lo que queda es la aparentemente implicada pero no tematizada ni puesta en cuestión, identificación entre lo no-opcional y lo obligatorio⁴. Ahora bien: «obligatorio» no es la negación de «opcional». Más bien: (1) hay modos de expresar la conducta no-opcional que no consisten ni en la manipulación física (compulsión, apremio) de la víctima⁵, ni en hacer la conducta obligatoria (coerción o imposición de obligaciones). Hay otros modos entre los cuales hay algunos que son formas de ejercicio de poder; de poder social. (2) El derecho refleja, sanciona, corrobora, constituye algunos de ellos — algunas de las relaciones de poder conforman uno u otro de estos modos. (3) El CL, en razón del deslizamiento conceptual que he puesto a la luz y de la impostación problemática de fondo que hemos visto («promover la comprensión del derecho, coerción y moralidad como tres fenómenos sociales diferentes pero conectados» CL: V; CD: XI) se induce que, en los límites, queda ciego a esta dimensión del derecho; queda ciego respecto a las muchas las relaciones posibles entre derecho y poder.

En otros términos, la cuestión de las relaciones entre derecho y poder no se agota en la cuestión de la relación entre derecho y coerción. Pero HART, en el CL, colige solamente este último aspecto de las relaciones entre derecho y poder. Éste es el punto ciego de CL.

² HART añade que (CL: 17; CD: 22) la indicación de un segundo objetivo: «[to provide] an improved analysis of the distinctive structure of municipal legal systems». Pero no hay duda de que el problema al que se dirige la construcción del CL y que gobierna el desarrollo de la investigación es el indicado en el texto: «Delimitar el campo del derecho común *tertium quid* entre coerción (estar obligado) y moralidad (obligación moral). La estructura del libro es transparente, los Capítulos II-IV están dedicados a los argumentos que se oponen a la reducción del derecho a la coerción; los Capítulos VIII y IX que se oponen a la tesis de que el derecho sea una rama de la moralidad. La caracterización, en positivo, del derecho como unión de reglas primarias y secundarias (Caps. V y VI) adquiere su verdadero significado en el rechazo de estas dos hipótesis reduccionistas».

³ HART menciona que (CL: 13; CD: 16) un tercer *recurrent issue* «*what are rules and to what extent is law an affair of rules?*» («¿Qué son las reglas, y en qué medida el derecho es una cuestión de reglas?»). Como es sabido, el análisis de la noción de existencia de una regla social y del sentido en que el derecho es una práctica gobernada por reglas, es uno de los temas centrales del libro. Aunque bajo este aspecto, sin embargo, la *jurisprudence* hartiana gira en torno al doble problema de la delimitación del derecho respecto de la coerción, de un lado; y respecto a la moral, del otro indicado en el texto (*vid.* la nota precedente). Por un lado, el ser una práctica *rule governed* es la que diferencia al derecho de la coerción [en particular, respecto a un conjunto de órdenes sostenidas por amenazas formuladas por un individuo o un grupo ante las cuales se da un hábito general de obediencia (CL, Cap. IV). Por otro lado, obligación jurídica y obligación moral son reconducibles a un conjunto diferente de reglas de diferente tipo (CL: 163-176; CD: 208-215 y Cap. IX)].

⁴ La redacción de HART «[T]he sphere of non-optional conduct» es una expresión ambigua. Si entre los términos «non-optional» y «obligatory» hubiese una coma, la identificación sería explícita, pero si la alternativa —si lo obligatorio es una forma particular de lo no opcional, o sea, lo mismo que lo no opcional, permanece la duda—. Otras formulaciones son ambiguas: «A second way in which conduct may be not optional but obligatory» (CL: 7; CD: 8-9, la cursiva es mía); «non-optional or obligatory» (CL: 80; CD: 102).

⁵ Se trata de una posibilidad que, como hemos visto, HART menciona pero que, en el CL, no estudia. El hecho de que la mención implica que HART, en caso de preguntárselo, ciertamente no sostendría que «obligatorio» es la negación de «opcional» pero la cuestión permanece abierta.

2. EL DERECHO COMO PODER: ALGUNAS VARIACIONES

En este punto, surgirán espontáneamente dos objeciones:

1) ¿Quizá HART no ha «descubierto» la clase de normas que confieren poderes? ¿Cómo se puede sostener que la fallida consideración de la relación entre derecho y poder es el punto ciego de CL?

2) Puede ocurrir, advierte HART, que un sistema jurídico reserve su protección, y los otros beneficios que derivan de su existencia, a una clase particular de individuos a quienes se aplican las reglas. ¿No es ésta una forma —la forma— en que puede ocurrir que el derecho refleje y concurra a constituir relaciones de poder social?

Un tercer punto, así, requiere clarificación. La segunda premisa de mi argumento (*supra*, 1, penúltimo párrafo) es que el derecho refleja, sanciona, corrobora, constituye algunas formas, diferentes de la coerción o de la imposición de obligaciones (y de la compulsión física en el sentido de que se actúa sobre su cuerpo) en las que el comportamiento humano puede ser calificado como no-opcional y entre las cuales algunas son formas de ejercicio del poder; constituyen formas de poder social. ¿Qué significa esto? ¿Qué formas o modos? ¿Qué relaciones de poder?

Considero el primer y el tercer punto en este párrafo (respectivamente, puntos 2.1 y 2.2). La segunda objeción será discutida en el próximo párrafo (*infra* 3).

Una ulterior objeción podría ser ésta: HART está, en general, muy atento a la especificidad, sea en ámbito moral sea jurídico, de la noción de obligación en sentido estricto (*cf.* paradigmáticamente, HART, 1955: 79-80), donde lamenta el uso indiferenciado de «obligación» para indicar, genéricamente, cualquier cosa que está prescrita o que se debe (*ought*) hacer (*cf.* también HART, 1958: 83, 100). Por ello, así prosigue la objeción, no se le puede imputar un uso genérico e indiferenciado de *obligation* (como uno que es distinto de la coerción y de la compulsión física sobre el cuerpo de la víctima) como negación de «opcional».

Esto es cierto. Cuando HART discute específicamente la noción de *obligación*, es, como siempre, muy sensible a la necesidad, o simplemente a la oportunidad, de trazar distinciones. Pero ya he aclarado que el deslizamiento conceptual subrayado en el párrafo precedente no se convierte en la atribución a HART de tesis explícitas: si se las hubiese planteado, ciertamente, él las habría rechazado. Se trata, más bien, de un tipo *trompe-l'oeil*, un deslizamiento inadvertido que condiciona, viciándolo, el completo planteamiento del libro y la formulación de su problema de fondo. Y, como ahora veremos, un escrutinio de los lugares en que HART discute específicamente la noción de *obligation* no induce a abandonar esta idea.

En un primer momento (HART, 1955)⁶, la noción de *obligation* tiene su lugar, propiamente, como correlativo de (*claim-*)*right*, en el cuadro de una *choice theory* de los derechos subjetivos (*cf.* para una comparación detallada CELANO, 2002: 19-32). Después (HART, 1958: 100 y ss.), la noción de *obligation* —o indiferentemente, *duty* que

⁶ Es cierto que HART se ha retractado posteriormente de este escrito (*cf.* EJP: 17) pero por razones que no tienen nada que ver con esta elección terminológica [que aflorará también en algunos de los escritos posteriores dedicados a la elaboración y defensa de la *choice theory* de los derechos (EB: 184)].

HART trata aquí los dos términos como sinónimos (*ibid.*, 84)— es definida sobre la base de tres elementos: la dependencia de reglas sociales, la independencia del contenido (lo que significa que la *obligation* de hacer A podría, dentro de ciertos límites, fundar la *obligation* de no hacer A) y la perspectiva de la coerción⁷. Incluso, en el CL *in fine* (83-85; CD: 104-106), delimita, en el campo de los conceptos normativos, un papel específico para la noción de *obligation*. No todas las reglas sociales que dicen que se deben (*ought*) cumplir de un determinado modo imponen una *obligation* o *duty* (también aquí *obligation* es utilizado como sinónimo de *duty*; *cfr.* también EJP: 92), sino sólo aquellas que satisfacen tres condiciones: son sostenidas por una seria presión social; son concebidas por parte de los miembros del grupo como necesarias a los fines del mantenimiento de la vida asociada, o de algún aspecto de esta última considerado particularmente importante; imponen a aquellos que están sometidos a las mismas, sacrificios y renunciass⁸.

Estas precisiones y delimitaciones conceptuales, sin embargo, complican el cuadro pero no cambian la sustancia del problema. Complican el cuadro: las definiciones de *obligation* que HART introduce en oposición al uso genérico e indiferenciado del término como sinónimo de *ought*—respectivamente (1) como correlato de *claim-right* (HART, 1955), y (2) en relación con la noción de regla social (en HART, 1958 y, después en CL)—no coinciden. Paradójicamente, la noción específica de *obligation* (*obligation* en sentido estricto) no es una sino (al menos) dos⁹ (la primera —*obligation* como correlativo de *claim-right*— es un caso particular de la segunda; CL: 85; CD: 104). Pero todo esto no cambia la sustancia del problema por dos razones: En primer lugar, en CL, no obstante la explícita precisión apenas mencionada, HART utiliza igualmente «*obligation*» cuando discute de reglas jurídicas en el sentido genérico de «*ought*», o sea, en el sentido de «reglas que prescriben que se debe comportar en un cierto modo». En segundo lugar, y lo más importante, ya sea *obligation* en sentido estricto, o de *ought*, tenemos todavía que ocuparnos, en contextos jurídicos, de la cualificación deontica de los comportamientos sobre la base de normas de conducta. Y esto es suficiente para que se produzca el deslizamiento, el efecto de *trompe-l'oeil*, que he indicado. Después de todo, el mismo HART en un pasaje crucial (en el contexto del análisis de la noción de *legal obligation* contenida en EB, Capítulo VI, por cuanto sé, la última palabra de HART sobre el tema) refiere a un elemento común el significado de *duty* (que también aquí trata como sinónimo de *obligation*) y el de *ought* en contextos jurídicos: la idea que ciertas acciones sean debidas (*due from or owed by*) por parte de ciertos individuos «en el sentido de que ellas pueden ser correctamente solicitadas o exigidas de ellos» (160; *cfr.* también EJP, 93)¹⁰.

⁷ Caso paradigmático: las obligaciones derivadas de la promesa. Sin embargo, HART toma en consideración también las *obligations* o *duties* asociadas a los roles sociales en el caso en que las dos primeras características se presenten de manera diferente. La definición de la noción de *obligation* contenida en estas páginas es el paso intermedio entre la adoptada en HART, 1955 y la contenida en el CL (que se ve en el texto).

⁸ Además se ve el juego de los términos «*duty*» y «*obligation*» en EB: 182-188. Aquí, HART reserva de hecho el término para la noción correlativa a la de *claim-right*, tratando la *obligation* como una especie de *duty*. Pero se trata de un expediente retórico y no de una elección terminológica y conceptual definida y explícita. Por el contrario, al inicio de este pasaje —EB: 182— HART escribe como si hubiese introducido una distinción entre dos tipos de *obligation*.

⁹ «Al menos» dos porque, como se ha subrayado, el tratamiento contenido en HART, 1958, indica un paso intermedio.

¹⁰ De la misma manera, HART es perfectamente consciente de la complejidad de las nociones de «voluntario» e «involuntario» (*cfr.* paradigmáticamente HART, 1949: 180, 190-193) (es cierto que también este escrito

2.1. Poderes normativos

Según HART, uno de los rasgos distintivos de un sistema jurídico desarrollado es la presencia de normas que confieren poderes. En antítesis respecto a una representación pacatamente imperativista del derecho, en CL no se hace más que hablar de poderes, públicos o privados. ¿Cómo se puede sostener que la relación entre derecho y poder es el punto ciego de CL?

Simple: los poderes de los que se discute ampliamente en CL son poderes normativos (jurídicos): poderes, instituidos por normas (jurídicas), de producción y aplicación de normas (jurídicas). Son, así, poderes mediante los que el derecho regula su propia producción o aplicación: *legal powers* (CL: 32; CD: 45; *cfr.* para una mirada retrospectiva EB: 194-96). Pero ésta es sólo una de las caras del poder, una entre las muchas formas de poder social¹¹. Hay muchas otras formas de poder social, en particular, formas de poder físico o psicológico no consistente en el ejercicio de poderes normativos¹².

La única forma de poder (aparte de los poderes normativos) que, en CL, el derecho señala es el «poder coercitivo (*coercive power*)», consistente en la capacidad de obtener la ejecución o la omisión de ciertas acciones mediante la emisión de amenazas creíbles de sanciones punitivas en caso de incumplimiento. Y ésta es una limitación grave¹³.

ha sido posteriormente revisado por HART pero, también en este caso, por razones que no tienen nada que ver con este punto).

¹¹ En EB: 196-200, HART discute, siguiendo a BENTHAM, los poderes normativos (jurídicos) en un sentido posterior respecto a aquél —único presente en CL— introducido en el texto: los poderes conferidos por normas permisivas, o derivadas de la ausencia de normas, que llevan a término actos de manipulación de cosas o personas. A nuestros fines, esto no cambia las cosas porque se trata en todo caso de la cualificación deóntica —como (jurídicamente) permitida— de ciertas conductas (*cfr.* también *ibid.*, 210). Cuando (*ibid.*, 217-218), a los fines de aclarar la naturaleza de los poderes jurídicos (en particular, los poderes de los particulares), discute de «poderes informales no jurídicos» HART se refiere, en todo caso, a los «poderes normativos», producidos por «efectos normativos» (caso paradigmático: la promesa).

¹² Se objetará: éstas son cuestiones objeto de la sociología del derecho y no de la filosofía del derecho o *jurisprudence*. Pero lo que está en discusión aquí es, precisamente, la naturaleza —los límites— de la *jurisprudence*. En general, creo que es bien escaso el beneficio a obtener de levantar empalizadas disciplinarias en este nivel de abstracción (no se está discutiendo, obviamente, de estudios empíricos de campo). Ciertamente, está totalmente fuera de lugar si miramos la perspectiva adoptada por HART en CL. El libro contiene muchas investigaciones y tesis de carácter sociológico —tres ejemplos: la investigación sobre las condiciones de existencia de una regla social; la tesis según la cual las reglas que imponen obligaciones y las reglas que confieren poderes se diferencian por su «función social»; la idea de que el fundamento de un sistema jurídico sea una regla de reconocimiento (como la entiende HART)— y es calificado por el propio HART como (y efectivamente es) «un ensayo de sociología descriptiva» [CL: V; CD: XI; el presenta «*a theory of what law is*» que «*seeks to give an explanatory and clarifying account of law as a complex social and political institution with a rule-governed (and in this sense “normative”) aspect*», PS: 239; *cfr.* también *ibid.*, 246; *Comment*: 36-38]. Sobre la continuidad, según HART, entre investigaciones socio-jurídicas y filosofía del derecho (o, indiferenciadamente, *jurisprudence*) *cfr.* EJP: 88.

¹³ HART entiende por «coerción» la amenaza de una «reacción hostil» (CL: 10; CD: 12-13) en el caso de incumplimiento (*cfr.* también HART, 1955: 77, n. 2). Otros modos de ejercicio de la fuerza mediante el derecho que HART menciona en otros lugares son la detención de grupos enemigos en tiempo de guerra, de enfermos mentales y la cuarentena (PaR: 17). En LLM: 55-56, HART distingue cuatro modos de hacer uso de la fuerza a fin de hacer valer el derecho —cuatro modos de «*legal enforcement of any kind of conduct*»: (1) «*coertion, o sea, «securing, by the threat of legal punishment, that people do or abstain from doing what the law enjoins or forbids*»; (2) «*the actual punishment of those who have broken the law*»; (3) «*steps may be taken which render disobedience to the law impossible or difficult, and so frustrate it rather than punish it*», (4) «*the use of pressure to induce those actually engaged in breaking the law or threatening to do so to desist*»—. Éste habría sido un buen

2.2. El derecho como vehículo de poderes sociales

¿Pero por qué se trataría de una limitación? ¿En qué sentido el derecho refleja, sanciona, corrobora, constituye relaciones de poder social más allá de la coerción (y que no son poderes normativos)? ¿Qué otras relaciones?

Se dirá: que el derecho sirva al poder es cuestión que se refiere a su contenido contingente. Si, por ejemplo, el derecho sirve a la hegemonía burguesa, esto se refiere a su particular contenido en un particular contexto histórico social y no es, por tanto, materia de investigación de una *general jurisprudence*.

Esto es cierto. Pero las cosas no son tan simples. Hay otras maneras en las que el derecho «sirve al poder», otros tipos de poder a los que sirve que no son liquidables como una cuestión de contenidos históricos contingentes. Se enumeran ahora algunas¹⁴.

Primera. Es, sin embargo, oportuna una precisión. En cuanto sigue confiaré en una comprensión intuitiva de la noción de poder que no analizaré. Naturalmente, se trata de una noción problemática. Según algunos autores (LUKES, 1974), se trataría de una *essentially contested concept*. El término «poder» (poder social) es polisémico. Hay análisis de la noción de poder que establecen condiciones muy restrictivas para la aplicación del término (por ejemplo, que «poder» en la acepción relevante, designa siempre y únicamente una relación entre dos individuos identificables) —análisis a la medida de los cuales la «variedad de poderes» identificados y discutidos en las páginas que siguen (o al menos algunas de ellas) no son en absoluto formas de poder—. Un desarrollo incluido en mi argumentación requeriría una redefinición explicativa, adecuada a la noción. No me empeñaré aquí sobre este tema. Como he dicho, confiaré en una noción intuitiva, seguramente vaga, imprecisa, difuminada de poder y de poder social. Pero espero que la legitimidad del uso de esta noción y de la cualificación de los fenómenos que señalaré como variedad del «poder» resulten evidentes.

(1) El *anti(-Rule of Law)*. Una primera vía a recorrer para descubrir en qué otros modos puede suceder que el derecho «sirva» —sea el vehículo— al poder social consiste en examinar qué formas puede asumir aquél en el caso de que sean sistemáticamente violados o no satisfechos los requisitos del *Rule of Law*. Me explico.

Con la expresión «*Rule of Law*» entiendo, adoptando la acepción devenida corriente en gran parte de la teoría del derecho de los últimos cuarenta años¹⁵, un conjunto de (1) propiedades formales de las normas jurídicas (irretroactividad, publicidad, relativa

inicio (un inicio magistral, naturalmente) para una tipología de las variedades del derecho como poder. Pero la teoría del derecho desarrollada en CL queda, bajo este aspecto, incompleta.

¹⁴ La falta en CL de un tratamiento del «modo en que las formas de derecho interactúan con el poder social» había sido destacada por L. GREEN en un ensayo escrito con ocasión de la publicación de la segunda edición del libro (GREEN, 1996: 1704). GREEN hacía aquí referencia expresa a los modos en que el derecho «incorpora y ejercita» (*ibid.*) formas de «poder social» diferentes de la coerción e indicaba las discusiones que se siguen abajo (3), (4) y (6).

¹⁵ Las concepciones pertenecientes a esta familia tienen la forma de «a sort of laundry list of features that a healthy legal system should have. These are mostly variations of the eight desiderata of Lon Fuller's "internal morality of law"» (WALDRON, 2002: 154). Cfr. *ibid.*, 154-155, para una reseña de las principales concepciones de este tipo (L. L. FULLER, J. RAZ, J. FINNIS, J. RAWLS y M. RADIN; a la que ahora se añade la concepción presentada en KRAMER, 2007: Cap. 2).

generalidad, relativa estabilidad, inteligibilidad y relativa claridad, practicabilidad¹⁶ y coherencia) más (2) algunos *desiderata* procedimentales e institucionales (como, por ejemplo, que la producción de normas individuales que se aplican a casos individuales, sea guiado por reglas generales y, por demás, los denominados «principios de justicia natural»: que la resolución de controversias corresponda a un sujeto no interesado cuyo juicio no esté, por otro lado, viciado; el principio *audi alteram partem*, etc.)¹⁷.

Según HART, como es conocido, la conformidad a los requisitos del *Rule of Law* (en adelante, por la brevedad, RoL) no está en línea de plena constitutividad del concepto de derecho. O sea, puede ocurrir que un ordenamiento social viole sistemáticamente los requisitos del RoL (¿Hasta qué punto? Ésta es una cuestión controvertida no relevante a nuestros fines)¹⁸ y sea, todavía, derecho (merezca plenamente la calificación de «derecho»). No obstante, HART no indaga en las peculiares relaciones de poder que pueden instaurarse —o consolidarse, encontrar expresión y confirmación, etc.— cuando un método de control social opera mediante la violación sistemática (continua, radical, metódica) de, al menos, algunos de estos requisitos. Así, por ejemplo, la violación sistemática del requisito de la coherencia de las prescripciones jurídicas, o el relativo a que puedan ser cumplidas (el principio «deber» implica «poder») puede generar regímenes de poder caracterizados por el terror, el castigo indiscriminado de los sujetos, un profundo sentido de desconcierto de parte de estos últimos (en el límite la pérdida del sentido de dignidad o de propia autoestima), una radical incerteza y la imposibilidad de planificar las propias acciones y el curso de la propia vida (CELANO, 2011a). Un derecho cuyo contenido no sea de dominio público podrá tener consecuencias análogas (CELANO, 2011b) y podrá, de la misma manera, constituir el vehículo de una forma peculiar de poder social.

Lo mismo vale, en distinto modo y medida, para gran parte de otros *desiderata* que constituyen el RoL. El principio general es: si quiere ver la variedad de modos en que el derecho puede «servir» al poder el (reflejar, confirmar, consolidar, generar formas de) poder social cuestiona cuál sería la situación si el requisito X (uno de los requisitos constitutivos del RoL) quedase sistemáticamente incumplido y qué formas de poder podrían prosperar gracias a este incumplimiento sistemático. Como ha puesto de relieve J. RAZ, la violación del RoL, puede provocar un tipo de *entrapment* (RAZ, 1977, 222); «atrapar» de este modo a las personas es una forma de ejercicio de poder, diferente del ejercicio de la coacción¹⁹.

¹⁶ O sea, conformidad con el principio «deber» implica «poder».

¹⁷ Para una lista de estos requisitos institucionales y procedimentales, *cf.* por ejemplo, RAZ, 1977: 215-258 [«*the making of particular laws (particular legal others) should be guided by open, stable, clear, and general rules*»; «*the Independence of the judiciary must be guaranteed*»; «*the courts should have review powers over the implementation for the other principles*»; «*the courts should be easily accessible*»; «*the discretion of the crime-preventing agencies should not be allowed to pervert the law*»]. Sobre los principios de derecho natural, *cf.* HART, 1961: 156; 202; CD: 200, 255; EJP: 115. Para listados análogos de requisitos del *Rule of Law*, *cf.* FULLER, 1969, Capítulo 2; FINNIS, 1980: 270-271; MARMOR, 2004: 5 y ss.; KRAMER, 2007: Capítulo 2. Para la subdivisión de los principios del *Rule of Law* en formales y procedimentales, *vid.* WALDRON, 2008a (pero *cf.* ya RAZ, 1977: 218).

¹⁸ *Cf.* WALDRON, 2008a. La posición de HART sobre el punto es oscilante y no del todo transparente; los lugares relevantes son CL: 202; CD: 256; *Introduction* A EJP: 8-9, 18; L. L. FULLER, *The Morality of Law* (1965), en EJP: 349-352; EJP: 81, 114-115.

¹⁹ Asimismo el RoL es, desde luego, una forma de poder que presenta características peculiares: poder no manipulativo, no paternalista, público y dirigido a sujetos racionales (CELANO, 2011a).

Pero HART está ciego ante estas diferentes posibilidades. Un derecho que sistemáticamente viole los requisitos del RoL puede convertir a quienes están sometidos a él en objetos de manipulación²⁰ o, de cualquier forma, puede conducir a un forma de *managerial governance* o de «tratamiento»²¹ —que es algo bien distinto de la situación del bandido— («quiero que tú hagas esto y esto otro; estas serán las consecuencias —te causaré este mal— en el caso de que no lo hagas; ahora eres a ti a quien le toca decidir»). HART, naturalmente, tiene bien clara la diferencia; así lo evidencia su análisis (PaR, 23-24; 51-52, 207-208, 232; *cf.* de MACCORMICK 2008, Cap. XII) de las propuestas de sustitución de la pena con «técnicas manipulativas» (condicionamiento, propaganda, etc.), o con medidas de «higiene social»²². Pero de todo esto no hay rastro en CL.

(2) *Ideología*. Hay un modo peculiar en el que el derecho, típicamente, «sirve» al poder (constituye relaciones de poder social más allá del ejercicio de poder coercitivo) que, en realidad, es bien conocido por HART y que puede también ser reconducido, en parte, a la violación sistemática de algunos requisitos del RoL. Se trata de la bestia negra de BENTHAM: el poder-conocimiento de «*Judge & Co.*» y, más en general, del «halo de misterio» que las instituciones jurídicas tienden a producir en torno a sí mismas que oscurece «su verdadera naturaleza y efectos», «desconcierta e intimida» al crítico y al reformador (EB, Cap. 1, *The Demystification of the Law*, en especial: 21). Los elementos constitutivos de esta «mistificación» son (*ibid.*, 21) la «glorificación mediante la oratoria ampulosa», pompa, ceremonia, «el uso de indumentaria arcaica y de fórmulas anticuadas ininteligibles a los legos», y la propagación de una creencia: la creencia en la infinita complejidad y, por tanto, en la inmodificabilidad —sin que ello genere el colapso de la sociedad— de instituciones por largo tiempo estables, asegurando que la actitud adecuada respecto de ellas, aun cuando parezcan ininteligibles, injustas o perjudiciales, sería una postura de deferencia con la tradición.

Este halo de misterio deriva, en parte, de la falta de claridad de las leyes y de su carácter no público. El derecho se presenta como algo esotérico, para iniciados, posesión exclusiva, celosamente guardada, de una casta (*sacerdotium juris*) y, desde esta perspectiva, es fácil que parezca algo no humano (la criatura se presenta a su creador como una potencia independiente).

En breve, por usar un léxico que en su momento era habitual (sugestivo pero que requiere de análisis), el derecho está empapado de ideología²³. HART subraya que la consideración de este aspecto del derecho es uno de los elementos centrales de la teoría

²⁰ FULLER, 1969: 38; RAZ, 1977: 331; FINNIS, 1980: 273; KRAMER, 2007: 184; CELANO, 2010: 6, y para un tratamiento sistemático de este punto, 2011a.

²¹ FULLER, 1969: 163-167; WALDRON, 2008b: 16-17.

²² Subrayo, para evitar dudas, que lo que está en cuestión no es la diferencia entre «derecho» y «no derecho» (el punto no es que la sustitución de la pena con medidas de higiene social conduciría fuera del campo de aplicación del concepto de derecho; los argumentos de HART contra esta orientación de política criminal no son de este tipo —y, en general, como se ha dicho, la conformidad con los principios del RoL no es para HART, en principio, constitutiva del concepto de derecho—), sino la diferencia entre la situación del bandido (la amenaza con consecuencias desagradables a fin de obtener un cierto comportamiento) y otras formas de poder.

²³ Sobre la «*rather surprising affinity between Bentham and Karl Marx*», *cf.* EB: 24 y ss.; *ibid.*, 1-2. Una precisión: hablando de «ideología» no hago referencia aquí al hecho innegable de que las elecciones de política jurídica sean expresión de creencias particulares, preferencias, valoraciones, expectativas, etc. Me refiero, más bien, como se señala en el texto, a un complejo de efectos de poder-saber que surgen del ocultamiento de la na-

general de derecho de BENTHAM (EB: 22-28). Pero, en CL no se ve ningún rastro²⁴. Sin embargo, no se puede sostener que este género de poder (llamémoslo, sólo por disponer de una etiqueta «poder ideológico») esté ligado al derecho de modo accidental²⁵.

(3) *La selección de los deseos*. Consideremos las reglas que confieren poderes a los particulares. Estas reglas ofrecen a los individuos instrumentos, medios idóneos para perseguir, «en el cuadro coercitivo del derecho» (CL: 27; CD: 35), fines, metas, objetivos que ellos prefijan mediante la creación de estructuras de posiciones jurídicas subjetivas. Pues bien, suministrando a los individuos los instrumentos para perseguir *ciertos* fines y no otros, el derecho modela —o contribuye a modelar— el abanico de las opciones disponibles para cada uno (por ejemplo, el matrimonio no está disponible a los homosexuales²⁶; son posibles los testamentos ordinarios pero no el denominado testamento biológico)²⁷ y esto es una forma de poder.

En otros términos, las reglas que confieren poderes (a los particulares) son reglas constitutivas. Qué cosas sean constituidas y qué cosas no —cuáles tipos de acciones y resultados sean puestos a disposición de los individuos y cuáles no— es una cuestión de poder social.

Todavía en otros términos, las reglas que confieren poderes a los particulares «*indicate what people should do give up to the wishes they have*» («indican aquello que la gente debe hacer para dar efecto a los propios deseos», CL: 9; CD: 11; *cfr.* también CL: 27; CD: 34-35, PaR: 45; EJP: 60-61). ¿Qué deseos exactamente? No prever —y, por tanto, impedir— ciertas posibilidades (por ejemplo, el matrimonio homosexual o

turalza real y de los efectivos mecanismos de funcionamiento, de una particular institución humana (derecho, dinero, bienes). La noción estaría, por supuesto, terminada.

²⁴ Una posible alusión: cuando identificación y conocimiento del derecho devienen patrimonio exclusivo de los funcionarios puede ocurrir que todos los demás, como borregos, sean conducidos al matadero (CL: 114; CD: 142-143). Pero ésta es una consideración de carácter más general (*vid.* la discusión de este punto en el párrafo 3 *infra*).

²⁵ Se piensa, por ejemplo, en el tipo de teoría del derecho practicada por Giovanni TARELLO. Sin embargo, se objetará que no se trata de un nexo conceptual, lógico, entre derecho y poder ideológico. Tampoco, al parecer, es una necesidad (de otro tipo) que el derecho sea un vehículo de poder ideológico. Así, si la teoría del derecho tiene como objeto propio los rasgos necesarios del derecho, una teoría general del derecho podrá, y deberá, investigar como poco los nexos entre derecho y poder ideológico. Este argumento, sin embargo, no es convincente. Vale la pena recordar que, bajo este aspecto, el nexo entre derecho y *poder coercitivo* no se encuentra en una posición mejor. En la teoría del derecho de los últimos cuarenta años, han sido ideados muchos argumentos ingeniosos a fin de demostrar que la coerción no es un elemento esencial del derecho. De lo que sigue, si la teoría del derecho tiene por objeto los rasgos necesarios del derecho, que el nexo entre derecho y poder coercitivo no deba ser objeto de una teoría general del derecho. Es mucho más plausible, sostengo, la idea de que una investigación teórico-general pueda, y deba, ocuparse también de los rasgos que, incluso no siendo necesarios, *a lo menos, típicamente o normalmente* (dadas las circunstancias generales de la vida humana) pertenecen al derecho (*cfr.* SCHAUER, 2010); los dos fenómenos que, tentativamente, SCHAUER aduce como ilustración de su tesis son, precisamente, la coerción y el precedente. Si se acepta esta tesis, el nexo entre derecho y poder ideológico deberá volver a entrar en el campo de investigación de una teoría general del derecho. El nexo subsiste normalmente; el derecho tiene la disposición de servir como vehículo de poder ideológico. Esto es lo que hace de esta relación uno de los objetos propios de una teoría general del derecho (sobre el nexo que según HART subsiste entre derecho y coerción no es ni necesidad conceptual ni dato *de facto* contingente —*cfr.* CL: 195; CD: 241—).

²⁶ El ejemplo es utilizado ya en GREEN, 1996: 1703-1704.

²⁷ Sobre los modos en los que el derecho influye —o crea— en las opciones disponibles para la elección (una particular modalidad de incidencia sobre la autonomía individual, diferente del ejercicio del poder coercitivo) *cfr.* RAZ, 1986: 417 y ss. Estoy en deuda con Francesco ZANETTI por algunas sugerencias útiles sobre este punto.

un testamento dotado de un cierto contenido) es, o, en cualquier caso, puede ser el resultado del ejercicio del poder²⁸.

(4) *Valor expresivo de la pena*. Muchos sostienen que la pena tiene un valor «expresivo» de reprobación y reproche de cara al reo por parte «de la sociedad» (ésta, naturalmente, es una personificación que sería deconstruida) y que la pena «etiqueta» a aquél a quien se la infringe; la institución de la pena sería un mecanismo de clasificación, de construcción social de la identidad. Éstos son, evidentemente, efectos del poder.

HART discute, y critica, la teoría expresiva o etiquetadora del castigo criminal «*expressive or denunciatory theory of criminal punishment*» (PaR: 2, 7-8, 169 y ss., 235; LLM: 63-65, 83). Sin embargo, lo que él critica es la versión normativa de la teoría según la cual la expresión del reproche o reprobación social es lo que justifica la institución de la pena. A nuestros fines, por el contrario, lo relevante es la versión descriptiva de la teoría según la cual la pena de hecho tiene, típicamente, valor expresivo y desarrolla una función de «etiquetamiento», clasificación, delimitación de una identidad. HART no toma en consideración esta teoría descriptiva que identifica una posterior variedad del derecho como poder social²⁹. El derecho penal «etiqueta» y esto es un modo de ejercitar el poder³⁰.

(5) *Función promocional del derecho*. Según algunos, en gran parte de los Estados contemporáneos, el derecho cumple no solamente su tradicional función de imposición de ciertos comportamientos (comisivos u omisivos), mediante la provisión de sanciones negativas (medidas de coerción) sino también la función de promover (pero sin imponer) la adopción, por parte de los ciudadanos, de ciertas líneas de conducta

²⁸ En LLM: 41.42, HART discute el caso de la pena por bigamia incluso en ausencia de engaño para la otra parte. Concede la *nuissance* que la bigamia puede constituir para los sentimientos religiosos de la gran mayoría de la población puede ser una justificación suficiente de su punibilidad. Pero, prosigue, en una época de general debilitamiento del sentimiento religioso, la simple invalidez del matrimonio del bigamo podría ser suficiente. Aquí HART roza la cuestión del poder insito en la selección de los deseos admisibles (*cf.* también EJP: 258-259: «*Monogamous marriage is at the heart of our conception of family life, and with the aid of the law it has become part of the structure of society*»). Es oportuna una precisión. Cuanto se ha dicho en el texto se basa sobre el presupuesto de que efectivamente, como sostiene HART (argumentando a partir de la distinción entre nulidad y sanción), las reglas que imponen obligaciones sean reglas de otro tipo diferente de las reglas que confieren poderes. Como se ha señalado, la tesis de que haya una diferencia de estructura entre estas dos clases de reglas puede ser contestada. En particular, se puede sostener que la diferencia se reduce a esto: las reglas que imponen obligaciones son reglas que comprenden *amenazas*, las que confieren poderes son *oferte* de beneficios (así SHAPIRO, 2011: 63-66, rediseña la distinción entre nulidad y sanción, replicando a una —hipotética— replica austriana a la objeción de HART). Si las reglas que confieren poderes son comprendidas de este modo, la selección de los deseos será el efecto del hecho de que el derecho formula sólo ciertas ofertas y no otras. O, en otros términos, la forma de poder que he denominado «selección de deseos» recaerá en el ámbito de la «función promocional» del derecho [punto (5) *infra*].

²⁹ In PaR: 263 (pero *cf.* también *ibid.*, 239; LLM: 63-65, 83) HART distingue entre la versión normativa y la versión definitoria (J. FEINBERG) de la teoría. Pero el punto no es desarrollado (nótese, sin embargo, que HART acoge explícitamente la tesis según la cual un ilícito es diferente porque es el objeto de condena de la conducta el que está sujeto a evaluación; EJP: 301). Este límite de la *jurisprudence* hartiana había sido ya destacado por MACCORMICK (2008: Cap. XII, nn. 5 y 12).

³⁰ Las formas en las que el derecho juega un papel en la constitución de la identidad social (roles, status) y, de esta manera, opera como vehículo de poder social, naturalmente, no se explican por el etiquetamiento de aquellos a quienes le es infringida una pena. Piénsese, por ejemplo, en la atribución de capacidad jurídica. Estas formas adicionales son reconducibles, al menos en parte, a la selección de los deseos [*supra*, sub (3)] y al ejercicio de una función promocional [*infra*, sub (5)] pero no son, probablemente, enteramente reconducibles a estos dos fenómenos.

mediante la previsión de sanciones positivas (recompensas) para aquellos que adopten tales comportamientos. Esta función será denominada «función promocional» (BOBBIO, 1977).

Más precisamente, con la expresión «función promocional del derecho» se entiende «la acción que el derecho desarrolla a través del instrumento de las “sanciones positivas”, esto es, a través mecanismos genéricamente comprendidos con el nombre de “incentivos” que se dirigen antes que a impedir actos socialmente indeseables, lo que es el fin principal de penas, multas, correctivos, restituciones, resarcimientos, etc. a “promover” el cumplimiento de actos socialmente deseables» (BOBBIO, 1977: 7).

La tesis de que el derecho cumple en gran parte de los Estados contemporáneos, a diferencia de su tradicional función protectorio-represiva, también una función promocional (esto es, una función de dirección o de orientación de algunas esferas de actividad) está conectada a la distinción entre dos modelos de Estado: el Estado liberal y el Estado social. Simplificando al extremo, el Estado social, a diferencia del Estado liberal, buscar orientar en determinadas direcciones (esto es, impulsar hacia objetivos prefijados) el desarrollo social, conformando una orientación pragmática las actividades sociales relevantes (en particular, la actividad económica; en este sentido, el Estado social contemporáneo ha estado frecuentemente calificado como Estado «dirigista»)³¹.

La tesis de que el derecho desarrolla, en el Estado social, una función promocional ha sido objeto de un intenso debate en el que no entraré aquí. Pero no hay duda, en mi opinión, de que esta actividad de dirección u orientación de algunas esferas de actividad social —si es efectiva— constituye una forma de poder³² y, por demás, la individualización de un criterio que permita trazar una precisa línea de demarcación entre la amenaza de consecuencias desagradables y la oferta de recompensas es uno de los nudos irresueltos de la teoría de la coerción (*cfr.* ANDERSON, 2006, s. 2.4)³³.

(6) Poder disciplinario, biopolítica. Si se pudiese dar a las nociones foucaultianas de poder disciplinario y de biopolítica un contenido claro y determinado y si, como parece a primera vista plausible, estas nociones identifican un conjunto de modos, formas, técnicas, relaciones peculiares de poder diferentes del ejercicio de la coerción, la relevancia de estos fenómenos para una teoría general del derecho sería innegable. El derecho está típicamente implicado en la estructuración de estas (hipotéticas) formas y relaciones de poder.

³¹ El tratamiento de la función promocional del derecho, sostenía BOBBIO (1977: 7), es necesaria «para adecuar la teoría general del derecho a las transformaciones de la sociedad contemporánea y al crecimiento del Estado social o prestacional o de bienestar o de justicia o de capitalismo monopolístico, como de forma más o menos benevolente se quiera llamar» (una «necesaria adecuación» para «comprender el paso del Estado “garantista” al Estado “dirigista”, y consecuentemente la metamorfosis del derecho de un instrumento de “control social”, en el sentido estricto del término, en instrumento de “dirección social”»).

³² Conste que no es necesariamente un rasgo que sería propio, en sentido estricto, del Estado social del siglo XX. La función promocional del derecho, observa BOBBIO, «no es nueva pero sí es novedosa la extensión que ha tenido y continúa teniendo en el Estado contemporáneo» (BOBBIO, 1977: 8).

³³ HART, en obras posteriores a CL (EB: 109, 118, 123, 139, 201), suprime la referencia, en la *jurisprudencia* benthamita, a la categoría de «leyes de recompensa»; leyes que, precisamente, se orientan a dirigir el comportamiento de aquellos que se someten mediante la oferta de ventajas. Pero se trata solamente de alusiones no desarrolladas. En conjunto, parece que HART comparte la opinión de BENTHAM (*rectius*, la opinión que el propio HART atribuye a BENTHAM) de que las leyes de este tipo no pueden ser más que raras o, en todo caso, de importancia secundaria.

3. DERECHO Y PODER POLÍTICO

¿Qué hay de la relación entre derecho y poder político en el CL?

HART, como es sabido, sostiene una serie de objeciones en relación con la noción austriana del soberano como fuente, directa o indirecta, de todo el derecho. La teoría benthamita y austriana del soberano era el fruto, vía HUME (sobre el contrato originario; HUME, 1748), del rechazo de las teorías del contrato social y otras ficciones similares³⁴. El «fundamento» (uso calculadamente este término ambiguo entre explicación y justificación: la ambigüedad está precisamente en las teorías que BENTHAM y AUSTIN rechazan) del poder político no está en un imaginario pacto entre individuos libres e iguales en un estado de naturaleza. El poder político es ante todo un hecho: el hecho del dominio y el hecho de la aquiescencia, de la obediencia habitual.

HART rechaza, por razones conceptuales (cuya contundencia no pongo en cuestión), esta teoría. Pero ¿qué propone en su lugar?

HART sostiene que en la base de la autoridad de cualquier gobernante (se trate del imaginario *Rex* o del *King in Parliament*) hay, por necesidad conceptual, una regla social: la aceptación compartida por parte de los miembros del grupo de un cierto *pattern* regular de comportamiento como un *standard* al que atenerse (CL: 56-57; CD: 70-72). Esta regla es una regla consuetudinaria que HART llama «regla de reconocimiento» (que, necesariamente, se refiere a los resultados de la actividad definida por las reglas de cambio; CL: 93; CD: 117-118). Sin embargo, para que exista un sistema jurídico no es necesario que esta costumbre —el uso de ciertos criterios a fin de la identificación del derecho válido— sea difusamente sostenida por todos los miembros del grupo. Basta que lo sea entre los funcionarios, ante todo entre los jueces; en un Estado moderno es suficiente que la mayoría tenga un comportamiento de aquiescencia (CL: 59-60, 113; CD: 75, 140).

¿Cuál es, entonces, la imagen que CL expone del fundamento de un sistema jurídico? (*foundations*: es el término de HART —CL, Cap. VI, *The Foundations of a Legal System*—; no advierte aquí, con precisión, en qué sentido lo utiliza, si sólo explicativo o también normativo). Para responder a esta pregunta es necesario distinguir entre la primera edición del libro (1961) y el *Postscript* (publicado en 1994).

En 1961, el fundamento de un sistema jurídico es, como ya se ha esbozado, una práctica social de los funcionarios —ante todo los jueces— consistente en hacer uso de ciertos criterios a los fines de identificación del derecho válido. Sería una costumbre, como aquella según la cual los hombres deben quitarse el sombrero al entrar en una iglesia. Pero esto es una imagen un tanto extraña, reductiva, del complejo de hechos sobre los cuales reposa la existencia de un sistema jurídico, una imagen que rescinde los vínculos entre el hecho de la existencia de un sistema jurídico y los conflictos, las luchas, las agitaciones, las relaciones de poder, en los cuales tiene su origen y en cuyo contexto se desarrolla. Una imagen que se podría calificar de «*quietista*» como si la existencia y el funcionamiento del derecho fuesen sólo cuestión del des-

³⁴ Extremos, obviamente, bien conocidos por HART (EB: 221). Entre la teoría de la soberanía de BENTHAM y la de AUSTIN hay profundas diferencias analizadas y puestas de relieve por HART (EB: 108-109; 225-227; *cf.* también EJP: 55), pero que son, a nuestros efectos, irrelevantes.

envolvimiento ordinario de la actividad de disciplinados operadores jurídicos, sobre todo, los jueces³⁵.

En el *Postscript*, la respuesta viene más precisada. El fundamento de un sistema jurídico, la regla de reconocimiento, es una convención. Una convención es una regla social de un tipo particular: cada uno de los miembros del grupo relevante (en el caso de la regla de reconocimiento, cada funcionario) se comporta en un cierto modo (hace uso de ciertos criterios de identificación del derecho válido) porque, *inter alia*, se espera que los otros miembros del grupo (los otros funcionarios) se comportarán en esa determinada manera (porque cada uno de ellos espera que los otros miembros del grupo se comporten en esa manera y así sucesivamente)³⁶. Se trata de un fenómeno análogo al que ocurre con ciertos locales de moda: cada uno va porque espera encontrarse con los otros porque éstos esperan encontrarse con los anteriores, y así sucesivamente. La existencia de un sistema jurídico es un fenómeno asimilable, en última instancia, al hecho de que todos se vayan al pub el sábado por la noche. Esto siempre limitadamente al club de los funcionarios.

Esta respuesta del *Postscript* es, como puede verse, una imagen del fundamento de un sistema jurídico todavía más *quietista* (en el sentido precisado)³⁷.

La impresión es confirmada si se mira la génesis ideal de un sistema jurídico que HART presenta al final del Capítulo 5 del CL (89 y ss. CD: 116 y ss.) y al tratamiento del derecho natural mínimo (CL: 189-195; CD: 237-243; *cfr.* también EJP: 79-80).

(1) La génesis ideal de un sistema jurídico desarrollado.

Un régimen que sólo tenga reglas sociales que impongan obligaciones, argumenta HART, presentaría tres defectos: incerteza sobre cuáles serían las reglas de grupo; imposibilidad de modificar deliberadamente estas reglas; ineficiencia de la presión social en relación a quien viola o amenaza violar las reglas. A estas tres deficiencias pone remedio la introducción de reglas de segundo nivel (reglas sobre reglas): respectivamente, reglas de reconocimiento, reglas de cambio y reglas de adjudicación. Con la introducción de estas reglas, concluye HART, vemos nacer ante nosotros un sistema jurídico desarrollado, unión de reglas primarias y secundarias.

¿Qué género de reconstrucción es ésta? Las deficiencias características de un régimen que exclusivamente tenga reglas sociales de obligación parecería que son percibidas claramente. ¿Por quién? HART parece imaginar una población de individuos generalmente bienintencionados (pero que tampoco son ángeles) que buscan conjuntamente el modo de evitar las dificultades comúnmente advertidas: hacer eficiente la «propia» presión sobre los recalcitrantes; hacer menos inciertas sus reglas; hacer frente, asimismo, a las exigencias de modificación de las reglas. Individuos más o menos iguales que están sobre un plano de paridad y buscan los medios idóneos para remediar los defectos de que adolece su régimen de convivencia es una representación, en su conjunto, carente de realismo y edulcorada.

³⁵ Es cierto que HART puntualiza que la aceptación de la regla de reconocimiento puede tener las más diversas razones (CL: 112-113; CD: 140-141) pero esto no colma la laguna.

³⁶ Para un tratamiento detallado *cfr.* CELANO, 2003.

³⁷ HART aclara que donde sólo son los funcionarios lo que aceptan la regla de reconocimiento y hacen uso de ella, los restantes son como borregos y los borregos pueden terminar en el matadero [CL, 114; CD: 145; J. WALDRON (1999) ha subrayado justamente este paso de CL]. Pero esto es realmente poco.

Pero se objetará que esto es forzado. HART no presenta la propia construcción como la narración de un proceso histórico. Es cierto. Pero el problema no es aquello que hay en el análisis de HART sino aquello que falta. Lo que hay, la reconstrucción de la génesis ideal de un sistema jurídico a partir de un régimen exclusivamente formado por reglas sociales de obligación, sugiere precisamente la imagen irreal y edulcorada que se ha dicho. Vayamos de frente, parecería una enésima versión de la salida del estado de naturaleza. La población cuyo ingreso en el mundo jurídico imagina está representada, implícitamente, como un grupo de individuos aproximativamente iguales, ni diablos ni ángeles, *grosso modo* racionales y que se encuentra, *grosso modo*, sobre un plano de paridad. Ésta es la dotación del derecho natural mínimo.

(2) El contenido mínimo del derecho natural³⁸.

HART demuestra, o pretende demostrar, que, por una necesidad natural, en cualquier grupo social (que no sea un club de suicidas) existe un cierto conjunto de reglas que se dirigen fundamentalmente a la evitación de actos de violencia arbitraria y otros similares.

La demostración presupone, sin embargo, una cierta representación de las disposiciones de poder en la sociedad. O mejor, una representación de la sociedad como no —o no todavía— marcada por relaciones de poder: el estado de naturaleza.

El derecho natural mínimo es presentado por HART como un conjunto de reglas aceptadas y generalmente observadas por un grupo de individuos (limitadamente) racionales y (limitadamente) bien dispuestos, aproximadamente iguales y *que no están en relaciones de poder los unos con los otros*; que, como individuos, se confrontan sobre un plano de igualdad. Ésta es, repito, la enésima versión de la idea del estado de naturaleza. El argumento que sostiene la tesis del contenido mínimo del derecho natural no presupone solamente los bien conocidos «axiomas» acerca de la naturaleza humana y las circunstancias en las que viven los hombres que HART explícitamente menciona; presupone también una particular representación de la disposición de las relaciones sociales, la imagen de individuos entre los cuales no existen todavía relaciones de poder³⁹.

Es cierto (era esta pregunta, como se recordará, la segunda objeción contra mi tesis; *supra*, 2): HART afirma y confirma repetidas veces que puede ocurrir que un sistema jurídico reserve su protección —en particular la protección que deriva del conjunto de «abstenciones recíprocas» que constituye el núcleo de su contenido natural mínimo— y demás beneficios que derivan de su existencia, a una clase particular de individuos a

³⁸ Para una reconstrucción minuciosa de la doctrina hartiana del contenido mínimo del derecho natural, de sus presupuestos teóricos, del contexto histórico-filosófico en el que se desarrolla y de su papel en la teoría del derecho de HART, *cf.* RICCIARDI, 2008, en particular, 234 y ss.

³⁹ Por dos veces, discutiendo de la igualdad aproximada y de un sistema de sanciones socialmente organizado (CL: 194; CD: 247), HART menciona la escena internacional como un ámbito caracterizado por un diferente equilibrio de base: un diferente equilibrio de poder («*conflicting power centers*» de diferente peso) en el cual, precisamente en razón del diferente equilibrio de las relaciones de poder, no existe un derecho natural (mínimo). Esto significa que la teoría del derecho natural mínimo se basa sobre una cuestión acerca del equilibrio «de partida» del poder en las sociedades estatales: no uno de los axiomas enumerados por HART sino uno de los asuntos empíricos no explicitados (y menos aún argumentados) y poco realistas: la idea de un estado de naturaleza en el que los miembros del grupo no están (todavía) inscritos en relaciones de poder (*cf.*, en el mismo sentido, CL: 214-5; CD: 271: «*Municipal law, in its setting of physical and psychological facts*», un *setting* diferente del que corresponde al derecho internacional, «*[a] very different background of fact*»).

los que se aplican sus reglas (una «*ruling élite*», CL: 195-8; CD: 247-250, *cf.* también CL: 161, 175; CD: 207-208, 224; EJP: 81, 116), o que les reserva una protección mayor o beneficios mayores respecto a los otros miembros del grupo. Allí donde existe un sistema jurídico puede ocurrir que sean «*slave or subject classes*» (CL: 201; CD: 254). Dice HART, a las claras: «*So long as human beings can gain sufficient co-operation from some to enable them to dominate others, they will use the forms of law as one of their instruments*» («mientras que los seres humanos puedan obtener suficiente cooperación de algunos para permitirles dominar a otro, usarán las formas del derecho como uno de sus instrumentos», CL: 205-206; CD: 259).

Ésta es ciertamente una manera, de crucial importancia, en la que el derecho refleja y concurre a constituir relaciones de poder político. Se trata, efectivamente, de una —significativa— excepción respecto a cuanto se ha dicho hasta ahora. HART no está *del todo* ciego a las posibles relaciones entre derecho y poder (político). De acuerdo. Pero se trata, precisamente, de sólo una —aunque sea importante— excepción. HART no dice nada más sobre el tema. La posibilidad de que el derecho no extienda su protección a una clase subordinada es sólo uno entre las diferentes maneras en que puede ocurrir que el derecho «sirva» al poder político⁴⁰.

4. CONCLUSIÓN

HART —con la importante excepción indicada al final del párrafo precedente— no ve el derecho como el instrumento y sistema de poder: no ve las variedades del poder (utilizando esta noción, es cierto —*supra*, par. 2— en forma intuitiva y no refinada) con las que el derecho está típicamente (aunque no necesariamente; *supra*, par. 2) entrelazado. En particular, se desembarazada del modelo austiniiano del soberano —que es precisamente un modelo, por más que insatisfactorio, de poder político— pero no lo sustituye con ningún otro (*supra*, par. 3). Salvo quizá con la imagen poco realista y tendencialmente mistificadora de una comunidad de jueces cohesionada y consistente (pero esto, tal vez, es más un rasgo típico de alguna reelaboración post-hartiana de la idea hartiana de que el fundamento de un sistema jurídico está constituido por una práctica concordante de los funcionarios).

Es cierto: (1) HART individualiza en el derecho normas que confieren poderes. Pero se trata de poderes normativos: poderes, instituidos por normas, de producción y aplicación de normas. Aquí se discute de poderes físicos y psicológicos: del derecho como vehículo de poder social. (2) Para HART, el derecho está compuesto también por normas que imponen obligaciones, provistas de la previsión de sanciones punitivas para el caso de incumplimiento. Pero: *a*) HART no provee ningún análisis de este modo de ejercitar el poder (desde este punto de vista su teoría es aún más «pura» que la de KELSEN que al menos analiza el mecanismo de la motivación indirecta; KELSEN, 1945: 15 y ss.); *b*) éste es sólo uno de entre los diversos aspectos del derecho como

⁴⁰ Se puede considerar una segunda excepción lo que dice HART sobre los casos en que jueces de última instancia determinan textura abierta de la regla de reconocimiento; los casos del tipo *all that succeeds is success* («el poder adquiere autoridad *ex post facto* de su éxito», CL: 149-150; CD: 190-191). Pero esto concierne, aún otra vez, a lo que sucede en el interior de la comunidad de los jueces.

poder —sólo una de las variedades del poder social de las cuales el derecho puede ser el vehículo—.

Así, la teoría del derecho resulta anulada por la teoría política y la investigación sobre otras variedades del poder, como si el derecho no tuviese nada que ver con el dominio, el conflicto social, el control (más allá de la coerción o, también, en general, del uso de la fuerza) sobre los individuos. La teoría del derecho deviene una descripción —una descripción interminable en la obra de los epígonos— de las prácticas del club de funcionarios.

(Traducción de José María Sauca)

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. Obras de HART

- 1949: «The Ascription of Responsibility and Rights», en *Proceedings of the Aristotelian Society*, New Series, 49 (1948-1949).
- 1955: «Are There Any Natural Rights», reed. en J. WALDRON (ed.), *Theories of Rights*, Oxford: Oxford University Press, 1984.
- 1958: «Legal and Moral Obligation», en A. I. MELDEN (ed.), *Essays in Moral Philosophy*, Seattle: University of Washington Press, 1958.
- 1961: CL, *The Concept of Law*, Oxford: Clarendon Press. Versión española, *El concepto de Derecho*, trad. G. R. CARRIÓ, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1977.
- 1963: LLM, *Law, Liberty and Morality*, Oxford: Oxford University Press.
- 1968: PaR, «Punishment and Responsibility», en *Essays in the Philosophy of Law*, Oxford: Clarendon Press.
- 1982: EB, *Essays on Bentham. Studies in Jurisprudence and Political Theory*, Oxford: Clarendon Press.
- 1983: EJP, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford: Clarendon Press.
- 1987: Comment, «Comment», en R. GAVISON (ed.), *Issues in Contemporary Legal Philosophy. The Influence of H. L. A. Hart*, Oxford: Clarendon Press.
- 1994: Postscript, «Postscript» a H. L. A. HART, *The Concept of Law*, 2.^a ed., Oxford: Clarendon Press.

2. Otras obras citadas

- ANDERSON, S., 2008: «Coercion», en E. N. ZALTA (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, (Fall, 2008 Edition), <http://plato.stanford.edu/archives/fall2008/entries/coercion/>.
- BOBBIO, N., 1977: *Dalla struttura alla funzione*, Milano: Comunità.
- CELANO, B., 2002: «I diritti nella giurisprudenza anglosassone contemporanea. Da Hart a Raz», en P. COMANDUCCI y R. GUASTINI (a cura di), *Analisi e diritto. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino: Giappichelli, 2002, 1-58 (http://www.giuri.unige.it/intro/dipist/digita/filo/testi/analisi_2001).
- 2003: «La regola di riconoscimento è una convenzione?», en M. C. REDONDO (a cura di), «Il Postscript di H. L. A. Hart», en *Ragion pratica*, n. 21, 347-360.

- 2010: «Positivismo jurídico normativo, neutralidad y estado de derecho», en J. FERRER BELTRÁN, J. J. MORESO y D. M. PAPAYANNIS, *Neutralidad y teoría del derecho*, Madrid: Marcial Pons, 2012, 243-278.
- 2011a: «Law as Power: Two Rule of Law Requirements», en W. WALUCHOW y S. SCIARAFFA (eds.), *Philosophical Foundations of the Nature of Law*, New York: Oxford University Press.
- 2011b: «Publicity and the Rule of Law», en L. GREEN y B. LEITER (eds.), *Oxford Studies in Philosophy of Law*, vol. 2, Oxford: Oxford University Press.
- FINNIS, J. M., 1980: *Natural Law and Natural Rights*, Oxford: Clarendon Press.
- FULLER, L. L., 1969: *The Morality of Law*, revised edition, New Haven: Yale University Press.
- GREEN, L., 1996: «The Concept of law Revisited», *Michigan Law Review*, 94, 565-580.
- HUME, D., 1748: «Of the Original Contract», en E. BARKER (ed.), *Social Contract. Essays by Locke, Hume and Rousseau*, Oxford: Oxford University Press, 1947.
- KELSEN, H., 1945: *General Theory of Law and State*, Cambridge (Mass.): Harvard University Press.
- KRAMER, M. H., 2007: *Objectivity and the Rule of Law*, Cambridge: Cambridge University Press.
- LUKES, S., 1974: *Power: A Radical View*, London: Macmillan.
- MACCORMICK, N., 2008: *H. L. A. Hart*, 2.^a ed., Stanford (Calif.): Stanford University Press (1.^a ed., 1981).
- MARMOR, A., 2004: «The Rule of Law and Its Limits», en *Law and Philosophy*, 23, 1-43.
- RAZ, J., 1977: «The Rule of Law and Its Virtues», en J. RAZ, *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford: Clarendon Press, 1979.
- 1986: *The Morality of Freedom*, Oxford: Clarendon Press.
- RICCIARDI, M., 2008: *Diritto e natura. H. L. A. Hart e la filosofia di Oxford*, Pisa: Edizioni ETS.
- SCHAUER, F., 2010: «Necesidad, importancia y naturaleza del Derecho», en J. FERRER BELTRÁN, J. J. MORESO y D. M. PAPAYANNIS, *Neutralidad y teoría del derecho*, Madrid: Marcial Pons, 2012, 41-59.
- SHAPIRO, S. J., 2011: *Legality*, Cambridge (Mass.): Harvard University Press.
- WALDRON, J., 1999: «All We Like Sheep», en *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 12, 1, 169-186.
- 2002: «Is the Rule of Law an Essentially Contested Concept (in Florida)?», en *Law and Philosophy*, 21, 2, 137-164.
- 2008a: «Hart and the Principles of Legality», en M. KRAMER *et al.* (eds.), *The Legacy of H. L. A. Hart. Legal, Political, and Moral Philosophy*, Oxford: Oxford University Press, 2008.
- 2008b: «The Concept and the Rule of Law», en *Georgia Law Review*, 43, 1-61.

LA CONSTITUCIÓN Y LA ESFERA PÚBLICA: ENTRE DIFERENCIACIÓN SISTÉMICA, INCLUSIÓN Y RECONOCIMIENTO

Marcelo Neves

Universidad de Brasilia

RESUMEN. Tras algunas aclaraciones iniciales, el trabajo arranca con una presentación del concepto de Constitución y del de esfera pública pluralista. A partir de ahí analiza los conceptos de inclusión (como posición de la persona en relación a los sistemas funcionales) y de reconocimiento (como problema de doble contingencia en la interacción cotidiana). Y concluye ocupándose de los límites de la esfera pública y de la posibilidad de que puedan ser superados en el ámbito de la estructura de una sociedad mundial.

Palabras clave: Constitución, esfera pública pluralista, inclusión, reconocimiento.

Constitution and Public Sphere: Systemic differentiation, inclusion and recognition

ABSTRACT. After some initial explanations, the author introduces the concept of Constitution and that of a plural public sphere. Drawing from them, an analyses of the concepts of inclusion (in terms of where the person stands in functional systems) and recognition (in terms of a problem of double contingency in daily interaction) is undertaken. Finally, as a conclusion, the paper reflects on the limits of the public sphere and on the possibility to overcome them at the level of a worldwide society structure.

Keywords: Constitution, plural public sphere, inclusion, recognition.

* Fecha de recepción: 5 de noviembre de 2013. Fecha de aceptación: 12 de mayo de 2014.

1.

La Constitución viene siendo considerada, de manera reciente, como una metáfora del discurso o retórica política y jurídica. En tal sentido, y de forma paradójica, correspondería a un mero instrumento de la semántica de la sociedad sin una correspondencia específica en la estructura de la misma, y a la que en tales condiciones sería posible recurrir discursivamente en los contextos más diversos. Este enfoque característico del deconstructivismo y de los modelos posmodernos me parece poco fructífero para el tratamiento de los problemas jurídico-políticos de la sociedad moderna (mundial), en la cual la semántica constitucionalista se relaciona con los cambios en la estructura social.

Sin duda, el término «Constitución» es efectivamente una de las metáforas de la semántica social contemporánea (y, en ese sentido amplio, ¿qué término finalmente no lo es?), pero esto no necesariamente trae consigo un vacío de significado, es decir, su transformación en un «significante fluctuante», «valor simbólico cero»¹ o «significante vacío»². El constitucionalismo, en cuanto construcción de la sociedad moderna, envuelve ciertos contornos de sentido que impiden una desconexión de carácter absoluto entre la semántica constitucional y las transformaciones estructurales. Tales contornos de sentido posibilitan relacionar las crisis que ocurren a nivel semántico con problemas emergentes en el plano de las estructuras. De hecho, existen tensiones entre la semántica desarrollada a nivel de autodescripción o reflexión de la sociedad, y el plano estructural de la delimitación selectiva de las operaciones posibles, pero es evidente que los cambios estructurales provocan cambios en el aparato semántico y viceversa³. Cabe observar que no sólo las innovaciones semánticas se relacionan con transformaciones estructurales⁴, sino también que la obsolescencia de las semánticas específicas puede estar asociada con el agotamiento de las estructuras respectivas⁵.

Observaciones semejantes deben ser hechas respecto de la «esfera pública» («*Öffentlichkeit*», «*space public*») en cuanto dimensión de la sociedad contemporánea. Tampoco nos encontramos aquí frente a una mera metáfora, desvinculada de ciertas implicaciones estructurales⁶; es imposible recurrir indiscriminadamente a dicho concepto en contextos sociales diversos, convirtiéndolo —en sentido wittgensteiniano— en un componente de «juegos del lenguaje», seductores y «extraños» a la respectiva

¹ LÉVI-STRAUSS, 1973: XLIX y ss., nota 1 (trad. bras. 1974: 35, nota 37).

² LACLAU, 1994.

³ Cfr. LUHMANN, 1980: 17, 22 y 34.

⁴ Cfr. LUHMANN, 1990a: 177, citando SKINNER, 1989.

⁵ «Si el nivel de complejidad social se modifica, la semántica orientadora de la vivencia y la acción precisa adecuarse, porque de lo contrario pierde su conexión con la realidad» (LUHMANN, 1980: 22).

⁶ En este contexto, denomino como «mera metáfora» aquella que carece de función o valor descriptivo, debido a que las posibilidades de su despliegue son limitadas, arbitrarias o aleatorias. Asimismo, podría ser denominada como «metáfora arbitraria». Sobre la distinción entre metáfora que deja abiertos «elementos fundamentales» de la descripción, y el concepto que se asocia a la descripción «precisa», *vid.* MÖLLERS, 2005: 286 y ss. En un contexto diferente y con otros presupuestos, BLUMENBERG (1998: 10 y 13) se refiere a la «metáfora absoluta» de la siguiente manera: «La verificación y el análisis de su función asertiva no separable de “conceptos” constituirían “una pieza fundamental de la historia de los conceptos (en este sentido amplio)” y estarían en una relación de “prestación” con la “historia de los conceptos (en el sentido terminológico escrito)”».

«forma de vida»⁷, es decir, sin soporte estructural. Sin negar la existencia ni la relevancia de los juegos del lenguaje metafóricos, me parece, sin embargo, que ellos pueden tener una relación inadecuada con los contextos estructurales, en la medida en que no sirven como solución oportuna de los problemas sociales que emergen de las deficiencias de las estructuras. Imaginemos, por ejemplo, describir mediante el concepto de esfera pública las luchas tribales en el ámbito de los «*failed states*» de África⁸. Indiscutiblemente, sería un despropósito. De la misma manera, considero inadecuado hacer referencia a la distinción entre «privado» y «público» en los términos de la diferencia existente en la Grecia antigua, entre *oikos* u *oikia* y *pólis*, asociando la última de estas expresiones a la esfera pública moderna. «Público» en el mundo helénico, más precisamente en la Ciudad-Estado griega, está referido a la *pólis* como espacio *excluyente* de relación de los señores de los «*oikoi*» o de las «*oikias*», a diferencia de las aldeas que sólo constituían agregados de éstas⁹. Los *oikos*, a su vez, eran el espacio social de carácter doméstico (privado) de pleno arbitrio del respectivo señor sobre su familia, sus esclavos y siervos¹⁰. Así como el *oikos* griego (gran espacio doméstico de las relaciones «familiares» o de la «gran» familia, fundado en el poder arbitrario del señor) no corresponde ni al espacio doméstico de la «pequeña» familia moderna (lo «privado» en el sentido familiar), ni al espacio del mercado mundial (lo «privado» en el sentido económico), la *pólis* excluyente (dimensión de lo público en sentido griego) no debe ser confundida con el sistema político de la sociedad moderna, mucho menos con la esfera pública incluyente y pluralista en el sentido contemporáneo¹¹.

Hechas estas aclaraciones preliminares, haré una breve exposición del concepto y de la función de la Constitución, como conquista y construcción de la sociedad moderna, conectando la semántica del constitucionalismo con las estructuras constitucionales (2.). Enseguida, intentaré delimitar el concepto de esfera pública pluralista, como arena del disenso estructural frente a los procedimientos de producción y concretización normativo-jurídica y en la toma o ejecución de decisiones políticas (3.). Basado en esos presupuestos conceptuales, discutiré los problemas recientes de la relación entre los procedimientos constitucionales del Estado democrático de derecho y la esfera pública, enlazándolo con las dificultades provenientes de nuevas tendencias a la exclusión y a la negación del «reconocimiento» en el contexto de una sociedad global; en tal sentido, serán abordados los conceptos de «inclusión» como posición de la persona en relación a los sistemas funcionales, y de «reconocimiento» como problema de doble contingencia en la interacción cotidiana. Partiendo de la comprensión de que tanto la inclusión como el reconocimiento son presupuestos de una esfera pública pluralista, en cuanto **arena** del disenso localizado en el entorno de los procedimientos constitucionales del Estado democrático de derecho (4.). Por último, en la conclusión trataré

⁷ «Y representar un lenguaje significa representarse una forma de vida» [WITTGENSTEIN, 1997 (1945-1949): 246, § 19 (trad. bras. 1979: 15)]. «Lo aceptado, lo dado —podría decirse—, son formas de vida» [*ibid.*, 572 (trad. bras.: 218)].

⁸ Sobre *failed states*, *vid.* THÜRER, 1996.

⁹ *Cfr.* LUHMANN, 2000a: 7.

¹⁰ Los *oikos* (los *oikoi*) era(n) más amplios que la(s) *oikia*(s), ya que incluía(n) también las cosas que lo(s) respectivo(s) señor(es) poseía(n) fuera de esto(s) (*cf.* MACDOWELL, 1989: 10).

¹¹ La tendencia a relacionar y confundir la diferencia griega entre *pólis* y *oikos* con la distinción simplificada entre público y privado en la sociedad moderna se asocia a la obra de Hannah ARENDT [*cf.* 1989 (1958): 28 y ss.].

acerca de los límites de la esfera pública pluralista o de la posibilidad de su superación en el ámbito de la *estructura de una sociedad mundial*, cuya autocomprensión es cada vez más relevante en la *semántica de la globalización* (5.).

2.

La Constitución es una conquista, construcción o invención de la sociedad moderna. En tal sentido, no cabe confundirla con la *politéia* griega, correspondiente a la estructura orgánica de la *pólis*. El término «*politeia*» fue traducido, de manera aproximada, por el vocablo inglés «*government*» y utilizado hasta finales del siglo XVIII¹², y resulta —cuando menos— extraño que en pleno periodo revolucionario fuese vertida en el término «*constitution*», cuando las transformaciones estructurales hacían precisamente tal traducción totalmente inadecuada. La semántica del constitucionalismo se refería a una «adquisición evolutiva de la sociedad moderna»¹³, incompatible con la concepción de la *politeia* en la antigua Grecia, que aludía a un modelo jerárquico y excluyente de indiferenciación entre política y derecho.

De igual forma, no corresponde confundir a la Constitución con las leyes fundamentales o pactos de poder de la transición a la modernidad. Dichos pactos eran particulares en la dimensión social, o en el ámbito personal de validez, refiriéndose a ciertos acuerdos entre el monarca y la nobleza o parte de la burguesía. Ya en la denominada dimensión material o ámbito material de validez, dichos pactos eran de carácter puntual, abarcando temas específicos correspondientes a la política y al derecho estatal. Asimismo, tales pactos tenían un carácter «fáctico», no en el sentido de ausencia de normas jurídicas, sino más bien en cuanto no implicaban una diferenciación operativa entre política y derecho, constituyendo una simple expresión jurídica de las relaciones reales de dominación. En tal sentido, dichos pactos eran, en el ámbito de la validez o en la dimensión temporal, meros «modificadores del poder», toda vez que expresaban cambios ocurridos a nivel de la estructura de dominación¹⁴. Por el contrario, las Constituciones modernas tienen pretensión de ser universalistas en la dimensión social, o en el ámbito personal de validez, refiriéndose, de forma inclusiva, a todos los miembros de la respectiva organización jurídico-política atribuyéndoles derechos fundamentales. Asimismo, las Constituciones modernas son exhaustivas en la dimensión material de validez. Se refieren a las diversas ramas del derecho y a diversos procesos de toma de decisiones políticas. Son normativas, no solamente porque se componen de normas jurídicas, sino también, y de forma más específica, porque apuntan a la diferenciación funcional entre derecho y política, implicando la vinculación jurídica del poder, posibilitando su límite y control por medio del derecho. Finalmente, es pertinente destacar que las Constituciones en sentido moderno son constituyentes de poder en

¹² STOURZH, 1975: 99 y ss., o 1989: 3 y ss.; MOHNHAUPT, 1995: 8.

¹³ LUHMANN, 1990a.

¹⁴ Relaciono, en este contexto, los conceptos sociológicos o teórico-sociales luhmannianos de dimensión social, material y temporal [LUHMANN, 1987b (1972), S. 94 ff.], con los conceptos jurídicos de ámbitos personal, material y temporal de validez (KELSEN, 1960, S. 12 ff. u. 291 y ss.); sin desconocer que los presupuestos e implicaciones de las respectivas categorías son diversos, me parece posible constatar una cierta analogía entre ambos modelos conceptuales.

la esfera de validez o dimensión temporal, en la medida en que instituyen una nueva estructura política, renovando la fundamentación normativa de la misma, positivada jurídicamente¹⁵.

Hay que señalar que no se trata aquí de un concepto histórico-universal de Constitución, ya sea de carácter normativo-jurídico¹⁶, sociológico¹⁷, o cultural¹⁸, en el sentido de que todo Estado u orden jurídico estuvo siempre dotado de una Constitución. Por el contrario, se trata de observar que el concepto de Constitución, en sentido moderno, está relacionado con las transformaciones estructurales que llevaron a la diferenciación funcional de la sociedad, y que lo hacen inconcebible en una formación social jerárquica de carácter pre-moderno. En las sociedades pre-modernas, la amalgama compuesta por la estructura política de dominación, reproducida en base a la diferencia entre poder inferior y poder superior¹⁹; y la semántica moral-religiosa construida sobre la distinción (moral) entre el bien y el mal²⁰, indisociable a su vez de la diferencia (religiosa) entre trascendente e immanente, prevalecía sobre todas las otras esferas de comunicación, que permanecían, de tal forma, determinadas heterónomamente. La semántica del bien apuntaba especialmente a la parte superior de la dominación social (política), residiendo en la «nobleza» o grupo funcionalmente equivalente. Por su parte, la semántica del mal estaba referida, de forma específica, a la parte inferior de la estructura de dominación, expresándose en la «plebe» o su equivalente funcional. Los «de abajo» sólo practicarían el bien en cuanto actuaran en conformidad con los modelos de comportamiento que les fuesen determinados por los «de arriba». Por su parte, éstos sólo practicarían el mal si actuaran conforme a los patrones de aquéllos ubicados en la parte inferior de la pirámide. Las demás esferas y códigos de comunicación estaban subordinadas a aquel andamiaje supremo, compuesto por la dominación política y la moral religiosamente determinada. El arte, la ciencia, el derecho y la economía estaban subordinados semánticamente a la diferencia entre el bien y el mal, como también orientados por los criterios de poder superior o inferior. Así las cosas, la diferencia entre lícito e ilícito (derecho) no se distinguía de la diferencia entre el bien y el mal, por el contrario, se confundía con ésta; su lado positivo se encontraba asociado con la parte superior de la dominación, y su lado negativo, con la inferior. Lo mismo ocurría con las diferencias «tener/no tener» (economía), «verdadero/falso» (ciencia), y «bello/feo» (arte). El modelo jerárquico descrito resultaba incompatible con la Constitución en sentido moderno, que presupone la diferenciación funcional de la sociedad.

La diferenciación funcional frente a la amalgama pre-moderna formada por la política y la moral religiosa en la cúspide de la pirámide social ocurre inicialmente en el ámbito de la economía (la eficiencia lucrativa se distingue del bien y de lo políticamente dominante), la ciencia (la verdad como independiente de la moral religiosa y del poder) y del arte (lo «bello» o lo apropiado en sentido estético se vuelve autónomo respecto de la bondad moral con fundamento religioso). Se trata de procesos sociales

¹⁵ Respecto de las diferencias existente entre los conceptos de: leyes fundamentales o pactos de poder, y Constituciones en sentido moderno, *vid.* GRIMM, 1987: 48 y ss.; 1989, columnas 633 y ss.; 1995: 100 y ss.

¹⁶ Kelsen, 1960: 228-230; 1946: 124 y ss.; 1925: 251-253.

¹⁷ LASSALLE, 1987 (1862): 130; ENGELS, 1988 (1844): 572 y ss.; WEBER, 1985 (1922): 27.

¹⁸ HELLER, 1934: 249 y ss.; SMEND, 1968: 136 y ss. y 189-191.

¹⁹ LUHMANN, 1986, S. 199.

²⁰ LUHMANN, 1997: 939 y ss. y 1036.

de carácter traumático, con consecuencias destructivas para el entorno biológico o psíquico de los sistemas sociales, en otras palabras, para el «cuerpo» y el «alma». Para ilustrar este punto, basta pensar en Galileo GALILEI, en el contexto del sistema de la ciencia (no nos olvidemos, sin embargo, en un campo diferente, de Romeo y Julieta, alegoría trágica de la pretensión moderna de autonomía del amor en relación con la política y la familia, pretensión que sólo se verá realizada mucho más tarde, impulsada también por la literatura novelesca)²¹. Evidentemente, esos procesos de lucha por la autonomía de las diferentes esferas sociales, en el inicio de la era moderna, aún no implican una autonomía operativa del derecho en relación con el poder en cuanto dominación. El proceso moderno de diferenciación entre política y derecho sólo tendrá inicio al interior del constitucionalismo revolucionario de fines del siglo XVIII. Si bien los pactos de poder o leyes fundamentales en Inglaterra (*Magna Carta*, *Habeas Corpus*, *Bill of Rights*) apuntaban a un desarrollo funcionalmente equivalente al que condujo a las Constituciones revolucionarias en los Estados Unidos, y en Francia; no eran, aisladamente, expresiones semánticas del constitucionalismo, sino elementos de un proceso evolutivo de diferenciación entre derecho y política, que acabó en un constitucionalismo atípico en los siglos XIX y XX.

La Constitución, en sentido moderno, se relaciona con las transformaciones estructurales que sentaron las bases para el surgimiento de la sociedad burguesa. El aumento de la complejidad social llevó a la formación social diferenciada jerárquicamente de la pre-modernidad, a un punto muerto, y trajo consigo la emergencia de una creciente autonomía de las esferas de comunicación, en términos de sistemas funcionalmente diferenciados en la sociedad moderna. No se trata sólo de una separación entre ley, poder y saber²², ni de una simple emancipación religiosa y económica de la persona²³, sino de un amplio proceso de diferenciación sistémico-funcional. Es dentro de este proceso donde surge la diferenciación entre política y derecho.

La idea de un poder político supremo, por encima del derecho, eje de la noción absolutista de la soberanía, pierde su significado, cediendo frente a la presión proveniente de los movimientos por la diferenciación del derecho en relación a la política. A su vez, dicho desarrollo no tiene un carácter lineal: implicó reacciones que sólo se realizaron de forma plena en partes muy restrictas del globo terrestre; y se encuentra relacionado con el surgimiento de la Constitución como una construcción social de la modernidad. La Constitución es el mecanismo que posibilita la diferenciación entre política y derecho en el ámbito de los Estados; no obstante, se trata de un mecanismo cuyo desarrollo depende de presupuestos sociales tan vastos, que sin un cierto contexto social de diferenciación funcional e inclusión social, no hay espacio para la Constitución como mecanismo de autonomía recíproca entre derecho y política. Sin la diferenciación funcional de las diversas esferas sociales, y sin la distinción clara y radical entre sociedad e individuo en cuanto persona, se vuelve imposible concebir a los derechos fundamentales como una respuesta del sistema jurídico frente a los mencionados procesos de diferenciación²⁴. De la misma manera, sin autonomía de la polí-

²¹ Cfr. LUHMANN, 1990c (1982): 11 y ss.; 1997: 731.

²² LEFORT, 1981: 64

²³ MARX, 1988 (1844): 369.

²⁴ LUHMANN, 1965.

tica en relación a los valores particulares de grupos familiares, étnicos y religiosos, y a los intereses económicos concretos, no se puede construir la democracia como apoyo generalizado que posibilite la clausura operativa del sistema político.

La Constitución, al mismo tiempo que posibilite la diferenciación entre sistema político y sistema jurídico, actúa como acoplamiento estructural entre ambos²⁵. Pero, ¿qué significa esto? Esto quiere decir que los mecanismos de dos sistemas autónomos se influyen y afectan recíprocamente, de forma duradera y permanente, sin que ninguno de esos sistemas pierda su respectiva autonomía. Los acoplamientos estructurales son filtros que excluyen ciertas influencias y facilitan otras. Hay afectaciones recíprocas, vinculadas a la relación simultánea de independencia y dependencia entre los sistemas que se encuentran acoplados estructuralmente. No se trata de un mero acoplamiento operativo, momentáneo, sino de interpenetraciones e interferencias de carácter continuo. Las estructuras de un sistema pasan a ser, mediante los acoplamientos estructurales, relevantes e indispensables para la reproducción de las estructuras del otro sistema y viceversa. En tal sentido, funcionan como acoplamientos de este tipo el lenguaje en la relación entre consciencia y sociedad; los contratos y la propiedad en la relación entre derecho y economía; la tributación en la relación entre política y economía; las asesorías de especialistas («*experts*») en la relación entre política y ciencia; la universidad en la relación existente entre educación y ciencia; los títulos y diplomas en la relación entre economía y educación; las galerías de arte en la relación entre economía y arte²⁶, etc. Entonces cabe preguntarse, ¿cómo funciona la Constitución en cuanto acoplamiento estructural entre política y derecho? En cuanto acoplamiento estructural entre política y derecho, la Constitución, por un lado, convierte al código binario «lícito/ilícito» en relevante para el sistema político; esto implica que las exigencias del Estado de derecho y de los derechos fundamentales pasan a construir contornos estructurales de la reproducción de los procesos políticos de búsqueda del poder y toma de decisiones colectivamente vinculantes, incluso en la medida en que las decisiones mayoritarias democráticamente deliberadas puedan ser declaradas inconstitucionales. Por otro lado, convierte al código binario «poder/no poder» en relevante para el sistema jurídico. Esto significa que el proceso democrático de toma de decisión política, en el sentido de formación de la mayoría, pasa a constituir una variable estructural de la reproducción de los procedimientos jurídicos, de solución y absorción de conflictos, incluso en la medida en que la producción de normas jurídicas legislativas depende de las decisiones políticas deliberadas democráticamente y tomadas mayoritariamente.

Este acoplamiento estructural se concreta y realiza por medio de procedimientos estatuidos constitucionalmente, esto es, procedimientos judiciales, administrativos, legislativos, electorales y democráticos directos, organizados en una escala que pasa del énfasis en la racionalidad jurídica (procedimientos judiciales) a una prevalencia de la racionalidad política (procedimientos parlamentarios, electorales y plebiscitarios).

De tal forma, existe una legitimación política (democrática) del derecho, y una legitimación jurídica (*rule of law*) de la política. Evidentemente, la relación estable-

²⁵ LUHMANN, 1990a: 193 y ss.; 1993a: 470 y ss.; 1997: 782 y ss.; 2000a: 389-392. A respecto, *cf.* NEVES, 2006 (2000): 95 y ss.

²⁶ LUHMANN, 1997: 108 y ss. y 781 y ss.

cida por la Constitución como acoplamiento estructural no es de carácter armónico, sino una relación paradójica de complemento y tensión de carácter recíproco. Estado de derecho y derechos fundamentales sin democracia no encuentran garantía alguna para su realización, toda vez que todo modelo de exclusión política pone en jaque los principios jurídicos de legalidad e igualdad, inherentes al Estado de derecho y los derechos fundamentales. A su vez, la democracia sin Estado de derecho y derechos fundamentales degenera en dictadura de la mayoría. Ambas son dimensiones complementarias. Por otro lado, el hecho de que las leyes deliberadas democráticamente y aprobadas por la mayoría sean declaradas inconstitucionales por ofender el Estado de derecho y los derechos fundamentales garantizados constitucionalmente apunta a la tensión permanente que existe entre política democrática y derecho positivo, en el marco del Estado constitucional. Dicha tensión también se presenta, de forma límite, cuando el poder constituyente democrático irrumpe como impulso político para una reconstrucción general y una nueva fundamentación del sistema jurídico estatal. La Constitución como acoplamiento estructural envuelve complementariedad y tensión permanentes, como también rupturas entre política y derecho. Sin embargo, es de tal forma que impide la subordinación estructural de un sistema a otro, especialmente del derecho a la política. Desarrollando una relación horizontal u ortogonal entre ambos.

Esta ambivalencia de la Constitución posibilita que pueda ser vista, por un lado, como instancia del sistema político y, por otro lado, como institución del sistema jurídico. En el primer caso, se trata de procesos decisivos de carácter básico en lo que a la construcción y reconstrucción del Estado respecta. Esto es, procesos constituyentes, parlamentarios, administrativos-gubernamentales y electorales o plebiscitarios. La Constitución implica, en tal sentido, una *circulación y contracirculación estructural básica entre administración* (en el sentido amplio de los procedimientos de los órganos competentes para tomar decisiones políticas y ejecutarlas), *política* (en un sentido estricto, como procesos de formación de programas partidistas y elecciones entre personas y programas), *público* como receptor de las decisiones, y *pueblo*, como lo público en cuanto reacciona activamente ante las decisiones de la administración²⁷. En ese concepto político de Constitución, *el pueblo clausura el sistema de la política*²⁸, lo que significa que más allá del pueblo no se puede encontrar legitimación política, sino sólo particularismos y personalismos que niegan o corrompen la democracia. En esta perspectiva, podemos decir que el proceso circular de la democracia y la Constitución en sentido político corresponde a la dimensión política de la Constitución como acoplamiento estructural.

Desde el punto de vista del derecho, la Constitución es la instancia reflexiva más vasta del sistema jurídico, permeando todas sus dimensiones de validez, y abarcando los ámbitos material, temporal, personal y territorial. En cuanto norma(s) de normas, cruza transversalmente todo el sistema jurídico, dándole consistencia. Introduce, a su vez, un nivel reflexivo del código «lícito/ilícito» en el interior del sistema, que corres-

²⁷ LUHMANN, 2000a: 253 y ss.; *cfr.* también, aunque sin referencia al «pueblo», 1981a: 42-49; 1981b: 164.

²⁸ «La clausura del sistema ocurre en el momento en que el colectivo, formado de individuos, grupos y organizaciones, destinatario de ordenes, importunado administrativamente, se vuelve pueblo; en el momento en que la *volonté de tous* se vuelve *volonté générale*» (LUHMANN, 2000a: 265).

ponde al código «constitucional/inconstitucional». A la legalidad se superpone la constitucionalidad. Al respecto, la Constitución en sentido moderno implica la superación de los fundamentos iusnaturalistas, externos al derecho, por un lado, y su autofundamentación constitucional, por el otro. De tal forma, «clausura el sistema jurídico»²⁹ estableciendo normativamente los procedimientos básicos mediante los cuales se puede ingresar en el derecho. A través de los procedimientos constitucionales, especialmente por medio del proceso legislativo, la Constitución permite el reingreso de la política en el sistema jurídico. Observando la otra cara de la moneda, la Constitución estructura la apertura cognitiva del sistema jurídico, delimitando su capacidad de aprendizaje y reciclaje, principalmente a través del establecimiento de procedimientos de reforma constitucional. En tal sentido, el núcleo de identidad constitucional (las llamadas cláusulas pétreas) constituye límites insuperables a la capacidad de aprendizaje del ordenamiento respectivo, exigiendo ruptura política en la forma de poder constituyente, para poder reconstruir democráticamente el acoplamiento estructural del Estado de derecho, con un nuevo modelo de Constitución. De esta manera, se establece una nueva relación entre la clausura del sistema jurídico por medio del derecho constitucional, y la clausura del sistema político a través del pueblo.

La Constitución, como acoplamiento estructural, y al mismo tiempo, como mecanismo de diferenciación funcional entre política y derecho o, dicho de otro modo, de desenredar poder y ley, que surgió en la estela de transformaciones radicales de la estructura social en la modernidad, fue factor y producto de una nueva semántica: el Constitucionalismo. Esta semántica constitucionalista se expresa de forma paradigmática en el art. 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, aprobada por la Asamblea Constituyente Francesa en agosto de 1789: «Toda sociedad en la cual no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución». En un sentido más amplio, es posible observar la semántica constitucionalista en la concepción de soberanía popular, *rule of law* y derechos del hombre y de los ciudadanos. Esta semántica, pese a haber servido para consolidar y fortificar las nuevas estructuras políticas y jurídicas, tuvo también un papel simbólico relevante, muchas veces de naturaleza ideológica.

La existencia del voto censitario en casi todos los países llamados constitucionalistas, durante buena parte del siglo XIX, hecho relacionado con la exclusión de grandes grupos del proceso político, constituye una prueba indiscutible de que había un desajuste entre la semántica de la soberanía popular y los límites estructurales de la democracia política. La presencia de la esclavitud hasta la segunda mitad del siglo XIX, así como el *apartheid* racista que perduró formalmente hasta la decisión del caso *Brown v. Board of Education* (1954) y materialmente hasta el advenimiento de las acciones afirmativas en los años sesenta, son pruebas incuestionables del profundo desnivel existente entre la semántica constitucionalista y los límites estructurales de los derechos fundamentales en los Estados Unidos. Finalmente, es preciso recordar la restauración francesa, los poderes gubernamentales de la corona británica hasta el inicio del siglo XX, y el colonialismo como límites estructurales al *rule of law* respecto de la semántica constitucionalista. Entre tanto, ese desfase entre estructuras constituciona-

²⁹ LUHMANN, 1990a: 187.

les y semántica constitucionalista no debe oscurecer el hecho de que esta semántica, en los Estados de la modernidad central, llevó a la consolidación paulatina de aquellas estructuras. De esta manera, y pese a todas las limitaciones estructurales, en el ámbito de los Estados constitucionales es válida la siguiente autodescripción: «*La Constitución clausura el sistema jurídico*» y *el pueblo clausura el sistema político*, autolegitimándose.

3.

Mientras el pueblo clausura el sistema político y la Constitución clausura el sistema jurídico, la esfera pública abre ambos sistemas o, mejor dicho, es la instancia de heterolegitimación, al presuponer procedimientos políticos y jurídicos susceptibles y abiertos a sus integraciones e influencias. En tal sentido, ella no se confunde con lo «público» como dimensión del sistema político, ni está constituida por sistemas funcionales que forman parte del entorno de la política y del derecho en cuanto sistemas sociales acoplados estructuralmente por la Constitución.

En la concepción luhmanniana no hay espacio para una esfera pública. La relación entre el Estado democrático de derecho —como organización jurídico política autofundamentada en la Constitución como acoplamiento estructural entre derecho y política— y su entorno social, se da básicamente, con los demás sistemas funcionales de la sociedad, mediante la apertura cognitiva o la hetero-referencia de ambos sistemas. En este paradigma teórico se argumenta que tanto el derecho como la política son sistemas operativamente clausurados, destacando que ambos sistemas seleccionan y filtran las influencias de los diversos sistemas funcionales de su entorno, conmutando sentidos. De este modo, lo que es economía se transforma en derecho económico al incorporarse al sistema jurídico, y en política económica al integrarse al sistema político.

Esa conmutación permite afirmar que en el sistema jurídico prevalece la diferencia «lícito/ilícito»³⁰ sobre la diferencia «tener/no tener»³¹, y en el sistema político, la diferencia «poder/no poder»³² tiene una primacía sobre la diferencia «tener/no tener», incluso en materias que se refieren a la economía. Lo mismo ocurre respecto de los demás sistemas sociales: la ciencia no se confunde con el derecho relativo a la ciencia o con la política científica; el arte, con el derecho o la política referida al arte; la educación, con el derecho o la política educacional; la religión, con el derecho o la política concerniente a la religión; la familia, con el derecho de familia o la política familiar. También en estos casos, los códigos «lícito/ilícito» y «poder/no poder», en los sistemas jurídico y político, respectivamente, tienen primacía sobre los códigos «verdadero/falso»³³, «bello/feo» («afinado *versus* desafinado estéticamente»)³⁴, «aprobación/reprobación» (en cuanto código-límite de la diferencia gradual «aprender/no aprender», expreso en las calificaciones)³⁵, «trascendente/inmanentes»³⁶ y sobre el código amoroso

³⁰ LUHMANN, 1986; 1993a: 165 y ss.

³¹ LUHMANN, 1988b: 181 y ss., 184 y 187 y ss.

³² LUHMANN, 1988a: 56; 1990a: 193.

³³ LUHMANN, 1990d: 194 ff.

³⁴ LUHMANN, 1996b: 309 y ss.; 1997: 562.

³⁵ *Cfr.* LUHMANN, 2002b: 64 y ss.; 1997: 750; 2004 (1986): 27 y ss.

³⁶ LUHMANN, 2002b: 77 y ss.

(«placer/amor» o «amor/desamor»)³⁷, que sirve de base a la formación de la familia nuclear moderna³⁸, incluso en materias científicas, artísticas, educacionales, religiosas y familiares.

Por supuesto que esto conlleva tensiones, toda vez que las racionalidades jurídica y política, además de relacionarse conflictivamente en el plano constitucional, se confrontan con otras racionalidades, cada una de ellas con pretensiones de universalidad³⁹. Es por esto que la clausura operativa de los sistemas jurídico y político necesita, por medio de los procedimientos constitucionales, asociar la apertura cognitiva de ambos sistemas a las racionalidades sistémico-funcionales que circulan en el entorno del Estado democrático de derecho.

La consistencia jurídico-constitucional del derecho (la constitucionalidad y la legalidad) tiene que ser asociada a la adecuación social de las normas jurídicas. Mientras tanto, la consistencia democrático-constitucional (la «soberanía del pueblo») del sistema político precisa ser compatibilizada con la adecuación social de las decisiones políticas. Esto lleva a paradojas que no pueden superarse o solucionarse de forma definitiva, pero que sí pueden esquivarse o solucionarse en situaciones concretas y momentos específicos. ¿Cómo sobrellevar la reducción del equilibrio entre consistencia democrática y adecuación social evitando, por una parte, «la democracia jacobina», que absolutiza la llamada «voluntad del pueblo» y, por tanto, conduce a una «soberanía autista del pueblo» y, por otra parte, los particularismos de los intereses concretos, enemigos de la «soberanía del pueblo», con la clausura del sistema político?

Naturalmente, también en el modelo luhmanniano la política y el derecho, en cuanto sistemas acoplados estructuralmente por medio de la Constitución, se relacionan con los componentes de su entorno social que no son construidos sistémico-funcionalmente. Así las cosas, ambos sistemas se encuentran en relación con la moral, pero la moral en un sentido luhmanniano, es decir, como una forma especializada de comunicación que funciona en base al código binario «consideración/desprecio»⁴⁰, y que no constituye un sistema funcional, ni un sistema de interacción (aquellos que son construidos en base a la diferencia «presencia/ausencia»), ni una organización (sistema construido en base a la diferencia «miembro/no miembro»)⁴¹. Por supuesto que la moral se construye a través de interacciones y es reproducida difusamente en las organizaciones y en los sistemas funcionales de la sociedad, pero ella misma no constituye un sistema. Para aclarar el punto, podemos decir que forma parte del mundo de la vida, tomando este último concepto y alejándonos de la vertiente luhmanniana, como aquel espacio social no estructurado sistémicamente. Asimismo, la moral puede transformarse en «ética» de un sistema funcional o de una organización⁴²; con todo, en este caso, la diferencia binaria entre consideración y desprecio en lo que respecta a las personas, queda subordinada al código binario y a los criterios/programas del respectivo sistema funcional, o a la diferencia constitutiva de la correspondiente organización (miembro/

³⁷ LUHMANN, 1990c (1982): 107 y ss.; 1997: 750.

³⁸ *Cfr.* LUHMANN, 1997: 730 y ss.; 1990c (1982): 183 y ss.

³⁹ *Cfr.* TEUBNER, 1996; FISCHER-LESCANO y TEUBNER, 2006.

⁴⁰ LUHMANN, 1990b, 1993b.

⁴¹ LUHMANN, 1975; 1997: 812-847.

⁴² *Cfr.* LUHMANN, 1999: 247.

no miembro), y a los programas de ésta. El hecho es que, en principio, falta generalización de programas o criterios morales en la complejidad de la sociedad moderna, lo que imposibilita la existencia de un sistema moral. El problema moral se vuelve más bien una cuestión de sabotaje o corrupción de los códigos sistémicos⁴³. Por tanto, la relación de la moral con el sistema jurídico y político, acoplados estructuralmente por la Constitución, ocurre de manera difusa y *puntual*.

Otro ejemplo de relación del sistema jurídico y el sistema político con parte del entorno no estructurado sistémicamente son las protestas. Estas no se confunden con la oposición en el ámbito de la política, ni con pretensiones de reforma⁴⁴. En palabras de LUHMANN, la paradoja de las protestas reside en que ellas ocurren «en la sociedad [...], pero contra ésta»⁴⁵. Las protestas, de igual forma que la moral, no constituyen un sistema funcional, ni una interacción, ni una organización⁴⁶, pese a que no existan protestas sin interacción y ellas se reproduzcan también de manera difusa en el ámbito de las organizaciones y los sistemas funcionales. Por su parte, tampoco existen criterios o programas generalizados para las protestas, toda vez que ellas dependen de la temática y de la situación concreta. Se podría observar un código binario en la forma de comunicación «protesta»: la diferencia «en contra/a favor», dirigida a la sociedad. Dicho código se distingue del código «consideración/desprecio», dirigido primariamente a las personas. No obstante, hay protestas moralizadas y hay morales de protesta. Por carecer de estructura sistémica y, por tanto, de programas generalizados, las protestas se relacionan difusa y *puntualmente* con la Constitución como acoplamiento estructural entre política y derecho.

Aunque la teoría sistémica de LUHMANN admita la relevancia de la moral y las protestas como formas de comunicación no estructuradas sistémicamente, tanto para la sociedad en general como para la política y el derecho acoplados constitucionalmente, dicho paradigma no acepta el concepto de esfera pública como ámbito de comunicaciones no estructurado sistémicamente; cuando más, contempla el concepto «público» como dimensión funcional del sistema político. Tal ortodoxia sistémica vuelve difícil el desenvolvimiento de ciertos análisis más finos de la sociedad supercompleja del presente.

La negación de la esfera pública, como la conexión más relevante de las comunicaciones no estructuradas sistémicamente en relación a la heterolegitimación de la política y el derecho como sistemas acoplados constitucionalmente, tiene su origen en un prejuicio sistémico⁴⁷. La esfera pública, así como la moral y las protestas, no constituyen un sistema funcional, ni una interacción, ni una organización, pese a la imposibilidad de la existencia de una esfera pública sin interacciones, y al hecho de que las organizaciones actúen en ella, y los sistemas se nutran con sus sustratos de sentido. Dentro de la esfera pública, es posible encontrar moral y protestas, pero ambos

⁴³ LUHMANN, 1997: 1043. *Cfr.* TEUBNER, 1998: 21 y ss.; 1996: 218.

⁴⁴ LUHMANN, 1996a: 204 y 206.

⁴⁵ LUHMANN, 1996a: 204.

⁴⁶ LUHMANN, 1996a: 202.

⁴⁷ En el ámbito de la teoría de sistemas, STICHWEH (2002: 60 y ss.), de forma diversa, define la esfera pública como el «entorno interno» de un sistema funcional y, consecuentemente, la esfera pública mundial como el «entorno interno» de la política mundial.

pasan a ser apenas formas de comunicación en su interior. Esta idea podría sugerir que la esfera pública corresponde a un megasistema, o a un centro de la sociedad, no obstante, no es nada de eso. Si la comparamos con la moral, o con las protestas, que poseen un código binario, resulta aún más difícil encuadrarla en el concepto de sistema. En la esfera pública se mezclan, de forma transversal, una diversidad desestructurada de diferencias binarias. Tampoco se puede afirmar que corresponda al centro de la sociedad moderna, multicéntrica. En el sentido aquí utilizado, se muestra apenas como relevante para el entorno social de los procedimientos jurídicos y políticos constitucionalmente estructurados, influyendo en la producción o concreción de normas jurídicas, y en la toma o ejecución de decisiones políticas. Me parece que el prejuicio de la teoría de sistemas en relación con el concepto de esfera pública proviene de la confusión con el concepto análogo, desarrollado en el seno de la teoría habermasiana de la sociedad y el Estado democrático de derecho, el que sin duda posee una sobrecarga normativa.

Para HABERMAS, la esfera pública es el espacio en que ocurre la generalización de pretensiones de validez compartidas de forma ingenua, en las interacciones concretas de lo cotidiano, dentro del horizonte que constituye el mundo de la vida⁴⁸. En dicho contexto, el mundo de la vida es definido como el «horizonte en que se mueven los agentes comunicativos»⁴⁹, orientados hacia el consenso, sea como entendimiento o como un acuerdo⁵⁰; por su parte, las pretensiones de validez corresponden a: la sinceridad, referida al mundo subjetivo; la verdad, relativa al mundo objetivo; y la rectitud (validez normativa), relacionada con el mundo social⁵¹. En gran parte, dichas pretensiones de validez (especialmente, la verdad y la validez normativa) se generalizan en la esfera pública, por medio de los discursos (teórico o práctico). Dichos discursos se inician cuando un actor cuestiona de forma concreta la pretensión de validez de una acción o un acto de habla, compartido ingenuamente en el mundo de la vida, exigiendo por parte del agente comunicativo una argumentación y fundamentación de carácter racional⁵². La introducción de un disenso, por medio de estos discursos, posibilita, mediante convencimiento, alcanzar un consenso (sobre nuevas bases), que será reintegrado al mundo de la vida. No obstante, es importante señalar, que no es sólo a través del discurso como se produce la generalización de las pretensiones de validez en la esfera pública, sino también por medio de las instituciones. Además de esto, HABERMAS no desconoce que en la esfera pública (así como en el mundo de la vida), hay acciones estratégicas orientadas al éxito. La misma existencia de una «esfera pública pre-estructurada y dominada por los medios de masa», que «se transforma en una arena tomada por el poder (*einer vermachteten Arena*)»⁵³, implica que acciones estratégicas hagan parte de ella. Pero la fuerza legitimadora de la esfera pública, tanto para la política como para el derecho, en el marco del Estado constitucional, reside, conforme al modelo habermasiano, en la dimensión de las acciones y de los discursos orientados

⁴⁸ Cfr. HABERMAS, 1982: vol. 2, 274 y ss.

⁴⁹ HABERMAS, 1982: vol. 2, 182.

⁵⁰ HABERMAS, 1982: vol. 2, 274 y ss.

⁵¹ Cfr., por ex., HABERMAS, 1982: vol. 1, 427 y ss.; 1983: 147 y ss.; 1986: 137 y ss., 426 y ss., 462 y ss. y 588 y ss.

⁵² Cfr. HABERMAS, 1986: 130 y ss.; 1978: 25; 1983: 116; 1991: 162.

⁵³ HABERMAS, 1990: 28.

hacia el consenso. HABERMAS se refiere entonces a una «esfera pública política»⁵⁴, cuyo potencial legitimador consiste en la capacidad de enfrentar los problemas de forma discursiva (esto es, racionalmente orientada al consenso) y, de no ser posible, por medio de negociaciones reguladas procedimentalmente⁵⁵. En esta perspectiva, la esfera pública no tiene un portador o un sujeto, sino que es construida por una pluralidad de discursos y negociaciones racionales que poseen fuerza legitimadora para los procedimientos constitucionales⁵⁶. No obstante, en el modelo habermasiano, el concepto de esfera pública no tiene un carácter «empírico», sino «normativo», y resulta discutible si el sentido de la esfera pública en el Estado constitucional, incluso desde la perspectiva «normativa», consiste en erigir «resultados racionales», o sea, consensuales.

Me parece que, mientras que los límites del modelo luhmanniano residen en el desprecio del concepto de esfera pública como espacio sistémicamente desestructurado que contorna los procedimientos constitucionales, el problema de la idea habermasiana radica en que está sobrecargada por la noción de una razón discursiva, orientada al consenso. La concepción de HABERMAS resulta inapropiada para la auto-reflexión y auto-descripción de la reproducción de las estructuras (cognitivas y normativas), y las operaciones de la sociedad contemporánea, caracterizada por una heterogeneidad de personas y grupos (valores, expectativas, intereses y discursos de carácter diverso), pero sobre todo, por la complejidad sistémica. En tal sentido, y a pesar de reconocer la relevancia del concepto de esfera pública para la comprensión de la heterolegitimación de los procedimientos sistémicos de la política y el derecho en el contexto del Estado constitucional, ofrezco una versión diferente y «reconstruida», que pretende ser una auto-reflexión y auto-descripción más apropiada de aquel espacio «no organizado»⁵⁷ de reproducción de la sociedad⁵⁸.

La esfera pública está formada por el conjunto de *valores, intereses, expectativas y discursos* que emergen de los diversos sistemas funcionales y del denominado «mundo de la vida» (operacionalizado a través de las innumerables interacciones cotidianas desestructuradas tanto sistémico-funcionalmente, como sistémico-organizacionalmente, y reproducido por medio del lenguaje natural no especializado), y que pierden tanto su relevancia de sentido específico, como las respectivas conexiones sistémicas de comunicaciones y referencias concretas del mundo de la vida, con la pretensión y la exigencia de influir en los procedimientos de producción y concreción normativa, así como también los de toma y ejecución de decisiones políticas en el Estado constitucional. Los *valores*, ya sean aquellos valores-preferencia relativos a aquello que un grupo o individuo considera bueno para su vida⁵⁹, o aquellos valores-identidad, correspondientes a autoevidencias incuestionables por aquellos grupos o personas que los asumen⁶⁰, se separan de las estructuras y operaciones sistémico-funcionales, y de la reproducción concreta del mundo de la vida, introduciéndose a su vez en un espacio de divergencias alrededor de procedimientos jurídicos y políticos. Asimismo, los *inte-*

⁵⁴ HABERMAS, 1990: 38 y ss.

⁵⁵ Cfr. HABERMAS, 1992: 201-207.

⁵⁶ Cfr. HABERMAS, 1990: 38 y 43 y ss.; 1992: 607.

⁵⁷ HABERMAS se refiere también a una «esfera pública no organizada» (1990: 43).

⁵⁸ Cfr. NEVES, 2006 (2000): 123 y ss.

⁵⁹ HABERMAS, 1992: 190.

⁶⁰ LUHMANN, 1998: 349; 2000a: 193.

reses, en cuanto estructura de acción encaminada a la relación eficiente entre medios y fines, se desligan de las respectivas comunicaciones orientadas sistémicamente, o modeladas por las interacciones en el mundo de la vida, entrando en conflicto respecto de procedimientos normativos y decisorios.

Por su parte, la contradicción existente entre las *expectativas* de comportamiento, como modelos estructurales de conducta que *ego* (vivencia) construye en relación a *alter* (acción), se desacoplan de sus especificidades sistémicas y de los particularismos de las interacciones cotidianas con el objetivo de estabilizarse y generalizarse como normas jurídicas (expectativas normativas «congruentemente generalizadas») o decisiones políticas (colectivamente vinculantes). Finalmente, como juegos del lenguaje en que circulan contrariamente valores, intereses y expectativas, altamente diversos, los *discursos* —que al contrario de la impersonalidad de los sistemas (en los cuales las personas son referidas apenas como «direcciones de procesos de comunicación»⁶¹), pueden ser atribuidos a personas y grupos, como sus eventuales portadores— se desprenden de programas o criterios sistémico-funcionales, y de los modelos de la interacción cotidiana del mundo de la vida, introduciéndose en la esfera pública «*desorganizada*», *desestructurada*, en divergencias permanentes con otros discursos, respecto del rumbo de los procedimientos normativos y decisorios del Estado constitucional, a los cuales procuran incorporarse como modelos de regulación o decisión.

Comprendida de tal forma, la esfera pública corresponde a un área de tensión entre derecho y política como sistemas funcionales, acoplados estructuralmente por la Constitución, por un lado, y los demás sistemas funcionales y el mundo de la vida, por el otro. En ella, no sólo existen divergencias entre los valores, expectativas, intereses y discursos referentes a personas y grupos, sino que, principalmente, se afirma el disenso entre las exigencias y pretensiones que emergen de los diversos sistemas funcionales en relación a los procedimientos de los sistemas jurídico y político. En tal sentido, cabe caracterizarla como arena del disenso. Por ejemplo, más allá del disenso existente entre personas y grupos favorables o contrarios a un uso más amplio de la tecnología genética, a través de la discusión de dicho asunto en la esfera pública, se intensifica el disenso estructural entre las pretensiones y exigencias contradictorias que emergen de la economía, la ciencia, la educación y la religión, frente a los respectivos procedimientos jurídico-normativos y político-decisionarios. Sin embargo, esto no debe confundirse con conflictos intersistémicos. En los debates que ocurren en la esfera pública, entre pretensiones normativas y exigencias decisorias que emergen de la ciencia, el arte, la economía, la religión, etc., no se trata de hacer investigación, crear obras artísticas, pagar o rezar, sino de comunicaciones que, separadas de esos sistemas funcionales, intentan influir en los procedimientos políticos y jurídicos, buscando soluciones que se correspondan de la mejor forma con la reproducción de los respectivos sistemas. Pese a que existan divergencias entre los «representantes» de cada uno de los sistemas funcionales en la esfera pública (disenso referido a personas y grupos), evidentemente las posiciones de un «representante» de la economía (por ejemplo, un empresario del sector farmacológico), un «representante» de la medicina, otro de la ciencia propiamente tal o del sistema educacional, y otro de la religión, serán diferentes y tenderán al

⁶¹ LUHMANN, 1989: 367, nota 11.

disenso, en el marco de un debate respecto de los procedimientos jurídicos y políticos destinados a normar o decidir sobre la tecnología genética, aborto inducido, recursos destinados a la salud, ciencia, educación, etc. Cada uno de ellos *sin practicar las comunicaciones que son propias del sistema que está «representando»* (empresario fuera de la economía, médico fuera de la medicina, científico fuera de la ciencia, maestro fuera de la educación, religioso fuera de la religión) tiende a defender la adopción de normas jurídicas y decisiones políticas que respondan adecuadamente a la racionalidad específica del sistema por él «representado». De esta manera, los conflictos intersistémicos de racionalidad son transformados en la esfera pública en disenso estructural *en torno* a los procedimientos de producción y concreción normativa del derecho, y de toma de decisión y ejecución de decisiones colectivamente vinculantes en la política.

La esfera pública pluralista no constituye, de manera alguna, un mega-acoplamiento estructural, vinculando los demás sistemas funcionales a la política y al derecho. Como espacio desestructurado o «desorganizado» de la reproducción social en torno a la política y el derecho, es incapaz de canalizar influencias y afectaciones recíprocas entre sistemas. Tampoco constituye el centro de la sociedad. La esfera pública es apenas, en relación a los procedimientos políticos y jurídicos establecidos constitucionalmente en el ámbito del Estado como organización territorialmente delimitada de la sociedad mundial, un entorno no estructurado sistémicamente, pero con relevancia y fuerza legitimadora. Incluso podría afirmarse que en torno a otros sistemas funcionales —economía, educación, religión, etc.— se construyen otras «esferas públicas». Imaginemos, por ejemplo, un boicot «público» a determinado producto o empresa, no atribuible a un sistema funcional u organizacional, y sin pretensión alguna de influir en los procedimientos jurídicos o decisiones políticas del Estado constitucional. No se trata, en dicho caso, de la «esfera pública política o jurídica», referente a los procedimientos constitucionales del Estado.

Asociado de cierta forma al contexto descrito, cabe distinguir el espacio no estructurado sistémicamente, de lucha y búsqueda de aseguramiento de la autonomía de los sistemas funcionales y reproducción del mundo de la vida, que en el lenguaje común es denominado como «sociedad civil» (que si bien no se confunde con las comunicaciones de los respectivos sistemas funcionales, se localiza en sus entornos), y la esfera pública como espacio en que se lucha por determinadas regulaciones jurídicas y decisiones políticas, a partir de las exigencias emergentes de los sistemas funcionales y del mundo de la vida, con pretensión heterolegitimadora de los procedimientos sistémicos de la política y del derecho. Pese a estar desestructurada y «desorganizada», en la esfera pública heterolegitimadora del Estado constitucional es posible encontrar organizaciones de diverso tipo, con las que se desarrolla una relación compleja, toda vez que, si la esfera pública queda subordinada a alguna de ellas, su condición de espacio heterolegitimador se ve descaracterizado. De igual forma, es incorrecto vincular la esfera pública con un único sistema funcional. Incluso en caso de admitir que se encuentra fuertemente intermediada por los medios de comunicación de masas, sobre todo los electrónicos, cabe considerar que la esfera pública va mucho más allá de los *mass media*.

Por otra parte, resulta un hecho incuestionable que, a pesar de que (a diferencia de los demás sistemas funcionales) los medios de masas cortan de forma transversal la es-

fera pública llegando incluso muchas veces a manipularla, también son forzados a responder contra sus propios intereses, las afectaciones provenientes de la esfera pública. Por ejemplo, las protestas reiteradas y crecientes que tienen lugar en las calles pueden ser llevadas a los noticiarios después de una larga reacción de los medios electrónicos de comunicación, que en tal situación actúan como vehículo de la esfera pública que protesta. Los *mass media*, sin duda, constituyen un importante medio de fortificación de la influencia de la esfera pública desorganizada en los procedimientos jurídicos y políticos del Estado constitucional, sin embargo ésta posee un carácter mucho más vasto que aquéllos.

Es importante advertir que la fuerza heterolegitimadora de la esfera pública en lo que respecta a los procedimientos del Estado constitucional no puede ser pensada unilateralmente a partir de los condicionamientos externos de los sistemas de la política y el derecho. Es imprescindible que los procedimientos jurídicos y políticos estén estructurados de tal forma que puedan absorber el disenso de la esfera pública, sin suprimirlo, y promoviendo su emergencia. Esto significa que, a pesar de que los procedimientos constitucionales tienen una fuerte función selectiva frente a la pluralidad compleja de valores, intereses, expectativas y discursos que se relacionan disensualmente en la esfera pública, sólo encuentran su heterolegitimación si permanecen abiertos al disenso presente en dicha esfera.

Esta paradoja entre la clausura selectiva intrínseca, y la reproducción autopoietica del derecho y la política como sistemas acoplados estructuralmente por la Constitución, por un lado, y la dependencia de una heterolegitimación de los procedimientos en la esfera pública (no sólo como apertura cognitiva respecto del entorno), por el otro, es indispensable para la propia continuidad de los Estados constitucionales en las condiciones de elevada contingencia de la sociedad mundial moderna, siendo ellos mismos expresión de aquella contingencia. Por tanto, no es una paradoja superable ni susceptible de ser solucionada de forma definitiva, pero sí puede ser abordada, controlada e incluso solucionada en situaciones concretas. Esto implica rechazar cualquier consenso respecto de los contenidos como patrón legitimador de los procedimientos constitucionales, sea como exigencia funcional, o como exigencia normativa. Precisamente, el sentido de dichos procedimientos es garantizar la permanencia del disenso en la esfera pública pluralista de una sociedad heterogénea (en relación a la divergencia de valores, intereses, expectativas y discursos que orientan la comunicación y acción de las personas y grupos) y compleja (en lo que respecta a la diversidad siempre en conflicto de las racionalidades sistémicas).

Por medio de la clausura selectiva, el disenso es absorbido por procedimientos concretos, pero la heterolegitimación de dichos procedimientos sólo ocurre si no provocan una clausura de la política y el derecho frente al futuro contingente. La apertura de dichos sistemas respecto de dicha contingencia ocurre exactamente en la medida en que no reprimen el disenso que permanece en la esfera pública y, a su vez, viabilizan y estimulan su desenvolvimiento. Esto significa afirmar, por ejemplo, que el sentido del procedimiento electoral, aun partiendo de un modelo «normativo», no corresponde a que se alcance un resultado consensual entre los adversarios políticos; por el contrario, los resultados de los procedimientos electorales, inclusive cuando se respetan rigurosamente las reglas del juego, tienden a intensificar el disenso. De ma-

nera análoga, el sentido «normativo» o funcional de un procedimiento jurisdiccional no consiste en que se llegue a un resultado consensual entre las partes; muy por el contrario, el resultado de un procedimiento jurisdiccional, principalmente del control de constitucionalidad (pensemos en el caso de la llamada «interrupción terapéutica del embarazo» en caso de anencefalia del feto y su tipificación, o no, como crimen de aborto), tiende a fortificar el disenso en la respectiva esfera pública. Esto significa que, en futuras eventualidades procedimentales, las expectativas rechazadas en el presente, puedan, a partir de rearticulaciones en la esfera pública, prevalecer inclusive por medio de otras formas procedimentales (por ejemplo, cambio legislativo o reforma constitucional frente a la insatisfacción en relación a la adjudicación constitucional o legal, *impeachment* del presidente de la República, declaración de inconstitucionalidad de la ley). De esta manera, los procedimientos constitucionales aseguran, en el contexto territorialmente delimitado de los Estados democráticos de derecho, la permanencia del disenso en las respectivas esferas públicas de la sociedad mundial, altamente compleja y contingente.

El disenso en el contenido presupone un consenso procedimental como «condición de posibilidad» del Estado constitucional. La base consensual respecto de los procedimientos es impuesta con la finalidad de asegurar el respeto a las diferencias y la complejidad sistémica en la esfera pública. Al excluirse de ésta ciertos grupos y personas, o exigencias que emergen de un determinado sistema funcional, se produce una represión del disenso y los procedimientos pierden su base consensual. Es cierto que persiste el problema paradójico de la necesidad, en ciertas circunstancias muy excepcionales, de excluir procedimentalmente intereses, valores y discursos dirigidos a la negación de la heterogeneidad cultural, y de la complejidad sistémica de la sociedad; precisamente, porque ellos se orientan directamente a destruir la esfera pública pluralista y el orden disensual intermediado por los procedimientos. Tal esfera sólo se construye y mantiene si hay una base consensual sobre los procedimientos. En esta perspectiva, cabe sostener que el Estado constitucional envuelve y exige una intermediación del disenso en los contenidos y del consenso procedimental, presuponiendo para ello una esfera pública pluralista y «universal» (incluyente) articulada en torno a los procedimientos⁶².

4.

La esfera pública presupone inclusión de las personas en los sistemas funcionales y reconocimiento recíproco en el ámbito de las interacciones, ¿pero cómo definir y relacionar inclusión y reconocimiento?

Para que la inclusión no se transforme en un mero lugar común de la retórica de lo políticamente correcto, necesita ser definida de forma precisa. En el ámbito de la teoría de sistemas, es posible rastrear el término en PARSONS, a propósito de la cuestión de los negros en Estados Unidos⁶³. En aquel contexto, el sociólogo norteamericano recurre a las formulaciones de MARSHALL sobre el desarrollo de la ciudadanía en los siglos XIX

⁶² Cfr. NEVES, 2006 (2000): 136 y ss.

⁶³ PARSONS, 1994 (1965).

y XX, que va desde los derechos civiles, pasando por los derechos políticos, a los derechos sociales⁶⁴. Al retomar dicha discusión, LUHMANN propone un concepto de inclusión en términos precisos, para referirse a aquellas situaciones en que las personas dependen de las prestaciones de los sistemas sociales y tienen acceso a ellas. En dicho sentido, el concepto contiene dos polos, la *dependencia* y el *acceso*⁶⁵. En el marco de esta formulación conceptual, la sociedad moderna, al contrario de formaciones sociales anteriores, se caracteriza por la inclusión de toda la población en los sistemas funcionales, o por lo menos de una parte creciente de ella⁶⁶. Explícitamente, de acuerdo con LUHMANN, es posible afirmar que en la sociedad moderna prevalecería, tanto en el plano de la semántica como en el de la estructura, la preferencia por la inclusión. Esta posición, discutible, que critiqué en trabajos anteriores⁶⁷, teniendo en vista principalmente la situación de los Estados en la modernidad periférica, fue totalmente dejada de lado en la obra tardía de LUHMANN.

En una posterior revisión a su posición en lo que respecta a la diferencia «inclusión/exclusión»⁶⁸, LUHMANN señala, que ella funciona como una metadiferencia o metacódigo, que mediatiza los códigos de todos los sistemas funcionales de la sociedad mundial contemporánea⁶⁹. En este nuevo modelo conceptual, ya no se considera la dependencia y el acceso como dos aspectos del concepto de inclusión, y define la inclusión misma (lado interno de la diferencia inclusión/exclusión) como «posibilidad de consideración social de personas», pretendiendo así «sustituir» por el tema de la integración social concerniente a la relación entre personas y sistemas sociales, «la distinción inclusión/exclusión»⁷⁰. De la inclusión se distingue la integración (sistémica), comprendida «como reducción de los grados de libertad de los subsistemas» o «como limitación de los grados de libertad para las selecciones»⁷¹ y, por tanto, negativamente en cuanto *dependencia*, no como *acceso*⁷². En esta perspectiva, LUHMANN propone (en su obra tardía) la diferencia entre «sector de inclusión» (en el cual «los hombres cuentan como personas») y «sector de exclusión» (en el cual «los hombres no son más percibidos como personas, sino como cuerpos»), sosteniendo que el primero sería menos integrado y el segundo sobreintegrado⁷³. Con todo, LUHMANN sólo habla de «apenas integración negativa» en el sector de exclusión y de «integración de individuo y sociedad» en el sector de la inclusión⁷⁴, así como de «personas y grupos no integrables» en referencia a la exclusión⁷⁵. De cualquier forma, en su obra tardía, LUHMANN usa la expresión «integración» en relación al problema de la inclusión/exclusión, sin que haya univocidad al respecto.

⁶⁴ PARSONS, 1971: 21 y ss. y 81 ss.; 1994 (1965): 146 y ss. *Cfr.* MARSHALL, 1976 (1949-1950): 71 y ss.; BENDIX, 1969 (1964): 92 y ss.

⁶⁵ LUHMANN, 1981a: 25.

⁶⁶ *Cfr.* LUHMANN, 1981a: 26 y ss.

⁶⁷ NEVES, 1992: 94 y ss., 155 y ss. y 164 y ss.; 1994.

⁶⁸ LUHMANN, 1997: 169 y ss., y 618-634; 1995a; 1995b: 146 y ss.; 1993a: 582 y ss.; 2000a: 427 y ss.; 2000b: 233 y ss., 242 y ss. y 301 y ss.

⁶⁹ LUHMANN, 1997: 632; 1993a: 583.

⁷⁰ LUHMANN, 1997: 619 y ss.

⁷¹ LUHMANN, 1997: 603 y 631.

⁷² LUHMANN, 1997: 618 y ss.

⁷³ LUHMANN, 1993a: 584 y ss.; 1997: 631 y ss.; 1995a: 259 y ss. (262).

⁷⁴ LUHMANN, 1995b: 148.

⁷⁵ LUHMANN, 1997: 621.

Es necesario hacer presente dos advertencias relativas a lo expuesto en líneas precedentes sobre inclusión/exclusión, que de cierta manera fueron respuestas a mis críticas al modelo anterior de inclusión como característica de la sociedad moderna⁷⁶. En primer lugar, cabe observar, que para ser consecuente con la afirmación de que «inclusión/exclusión» sirve como *metacódigo* que mediatiza todas las otras diferencias binarias, es preciso admitir —radicalizando la tesis— que la sociedad mundial se diferencia primariamente de acuerdo con esta *metadiferencia*⁷⁷; en el caso de la «inclusión/exclusión» *versus* la diferencia (orientada funcionalmente) «sistema/entorno», no obstante, se trata de diferencias que actúan simultáneamente en la sociedad mundial contemporánea. En segundo lugar, me parece más fructífero definir la inclusión como dependencia y acceso a los sistemas, reconociendo sus límites en la sociedad mundial, especialmente en la modernidad periférica. Tal como lo he formulado, en la modernidad periférica existen relaciones de subintegración (o subinclusión) y sobreintegración (o sobreinclusión), que implican inclusión insuficiente, sea por falta de acceso (de integración positiva) o de dependencia (de integración negativa)⁷⁸, respectivamente. Constituyendo posiciones jerárquicas condicionadas fácticamente (no clasificaciones basadas en principio), a saber, el hecho de ser integrado (o incluido) en los sistemas funcionales «por abajo» o «por arriba». En ambas direcciones (para «abajo» o para «arriba») se trata de limitación y unilateralidad en la capacidad de imputación de los sistemas sociales en sus referencias a personas.

En el ámbito del derecho, esto significa que los sobreintegrados o sobreincluidos tienen acceso a los derechos (y por tanto, a los mecanismos y garantías jurídicas), sin vincularse efectivamente a los deberes y responsabilidades impuestas por el sistema jurídico; los subintegrados o subincluidos, al contrario, no disponen de acceso a los derechos, mecanismos y garantías jurídicas, aunque permanezcan rigurosamente subordinados a los deberes, responsabilidades y penas restrictivas de libertad. Por consiguiente, tanto los subincluidos como los sobreincluidos carecen de ciudadanía, que en cuanto mecanismo político-jurídico de inclusión social (en el sentido técnico-jurídico de ser miembro de un Estado como organización: «nacionalidad»)⁷⁹, presupone igualdad no sólo en relación a los derechos, sino también respecto de los deberes⁸⁰.

⁷⁶ Cfr. LUHMANN, 1992: 2 y ss.; 1993a: 25, 81, 194, 478 y ss. y 584; 1995a: 261; 1997: 169, 632, 787, 806 y 810; 2000a: 356 y 428.

⁷⁷ STICHWEH (1997) defiende que esta conclusión estaría presente en la propia obra de LUHMANN: «En Niklas Luhmann, se encuentra la tesis de que la diferenciación de la inclusión y la exclusión se impone como diferenciación primaria del sistema de la sociedad, prevaleciendo sobre la diferenciación funcional» (132). Él se refiere a LUHMANN, 1995a. No obstante, el mismo LUHMANN insistía —pese a caracterizar la diferencia «inclusión/exclusión» como metadiferencia— en el primado de la diferenciación mundial del presente (cfr. LUHMANN, 1997: 743 y ss.; 1994: 4 y ss.; 1993a: 572).

⁷⁸ En caso de que, basándose en PETERS (1993: 92), se pretenda conceptualizar la integración social como «una relación exitosa de libertad y vínculo», se puede definir (en el sentido aquí propuesto) subintegración como «vínculo» sin libertad (o mejor dicho, «vínculo» rígido y «libertad» restringida), y sobreintegración como «libertad» sin «vínculo» (o más precisamente, «vínculo» flexible y «libertad» amplia) de las personas respecto de los sistemas sociales.

⁷⁹ En una perspectiva sistémica, HOLZ (2000: 191 y ss.) propone una diferencia entre *inclusión* en la *sociedad* (o en sus sistemas funcionales) y *ciudadanía* como cualidad de *miembro de un Estado* («nacionalidad») (cfr. también BORA, 2002: 76). De esta manera, desconoce la distinción entre el sentido técnico-jurídico de la ciudadanía como «nacionalidad» (cualidad de miembro de un Estado en cuanto *organización*), y el sentido sociológico de ciudadanía, es decir, como institución político-jurídica de inclusión en la sociedad.

⁸⁰ Cfr. MARSHALL, 1976 (1949-1950): 112 y ss.

Si la inclusión como dependencia y acceso a las prestaciones de diversos sistemas sociales no es generalizada en el ámbito territorial del respectivo Estado, existe entonces fragilidad de la esfera pública universalista y pluralista como espacio de heterolegitimación de los procedimientos del Estado constitucional. En caso de generalizarse formas de exclusión, sea por falta de acceso o por privilegios de determinados grupos, se puede decir que nos encontramos frente a una esfera pública inexistente o, por lo menos, frente a una esfera pública restringida, con fuerza legitimadora muy limitada. Esta situación es especialmente relevante cuando se trata en específico de exclusión de la política y del derecho, esto es, de ausencia efectiva de ciudadanía como institución generalizada de inclusión político-jurídica. En este caso, no están presentes las condiciones para la intermediación del disenso en el contenido por el consenso procedimental, ni se puede compatibilizar la selectividad procedimental consistente (autolegitimación) con la apertura de los procedimientos sistémicos frente al futuro contingente, relacionando la permanencia y, eventualmente, la fortificación del disenso en la esfera pública, a cada absorción de éste por dichos procedimientos. Por otra parte, en un orden de procedimientos jurídico-políticos excluyentes (totalitario o autoritario), o en una estructura social con prevalencia generalizada de la preferencia por exclusión, el disenso es desconocido o negado, o su emergencia reprimida.

En relación al otro presupuesto de la esfera pública, esto es, el reconocimiento, cabe efectuar algunos esclarecimientos en una perspectiva de reconstrucción a partir de la teoría de sistemas. A diferencia de la inclusión, que se refiere a la relación de dependencia y acceso de las personas a los sistemas funcionales y, por tanto, a la sociedad como sistema social más amplio, el reconocimiento es un problema que surge primariamente en el plano de la «doble contingencia»⁸¹ presente en la relación de observación recíproca de *ego* y *alter* en la interacción. En primer lugar, no se desconoce aquí que la cuestión de la doble contingencia en la teoría sistémica luhmanniana no se restringe a la interacción, en la cual los polos *ego* y *alter* remiten a (aunque no se confundan con) personas, teniendo en cuenta que *alter* y *ego* pueden remitir también a sistemas sociales⁸². En segundo lugar, cabe advertir que la doble contingencia en la interacción supone observación recíproca de personas en cuanto construcciones sociales o direcciones de comunicación, sin tratarse de una relación intersubjetiva entre hombres, como ocurre en las teorías dominantes de reconocimiento⁸³. Como *black boxes*, *ego* y *alter* remiten en la interacción a personas, cuyas actuaciones y vivencias permanecen indeterminados. Finalmente, debe observarse que la cuestión del reconocimiento no se confunde con el tema de la doble contingencia, constituyendo apenas uno de los innumerables problemas que emergen en el plano de la doble contingencia de la interacción.

⁸¹ LUHMANN, 1987a (1984): 148 y ss.; 1987b (1972): 32 y ss.; 2002a: 315 y ss. El concepto de doble contingencia se remonta, de acuerdo con LUHMANN [1987a (1984): 148; 2002a: 317], a Talcott PARSONS y un equipo de investigadores vinculados a él. Cfr. PARSONS *et al.*, 1951: 16; PARSONS, 1968: 436.

⁸² LUHMANN, 1987a (1984): 152 y 155.

⁸³ Cfr., en la línea de MEAD, HONNETH, 1994: 114 y ss., cuya teoría del reconocimiento intersubjetivo se remonta a la concepción hegeliana de «lucha por el reconocimiento» [1994: 54 y ss.; cfr. HEGEL, 1967 (1805-1806): 200 y ss.]. Según HONNETH (1994: 12), el modelo de una «lucha por el reconocimiento» habría perdido su significado teórico en la Fenomenología del Espíritu [cfr. HEGEL, 1988 (1807): 127 y ss.; HONNETH, 1994: 104 y ss.]. Para la comprensión del debate sobre el reconocimiento, *vid.* TAYLOR, 1993; 1995: 52 y ss.; FRASER, 2004; FRASER/HONNETH, 2003.

La doble contingencia implica que *ego* cuenta con la posibilidad de que la acción de *alter* sea diversa de aquella que él proyectó y viceversa. No obstante, no pueda persistir en una «doble contingencia pura» —ya que hay condicionamientos de interacción y la «absorción de inseguridad»⁸⁴ mediante la «estabilización de expectativas»⁸⁵—, «la tentativa de prever precisamente lo otro, fracasaría inevitablemente»⁸⁶. Esto importa la suposición mutua de «grados de libertad»⁸⁷ (la acción de *alter* puede ser muy distinta de la proyectada en el vivenciar de *ego* y viceversa), que convierte el comportamiento en acción: «El comportamiento se vuelve acción en el espacio de libertad de otras posibilidades de determinación»⁸⁸. Y la propia doble contingencia como «autocatalisadora» de los sistemas sociales⁸⁹ supone la libertad recíproca en la forma de «una incerteza que se condiciona a sí misma» en un círculo autorreferencial: «Yo no me dejo determinar por ti, si tú no te dejas determinar por mí»⁹⁰. De esto se origina, que la doble contingencia en la interacción envuelva una combinación de no-identidad e identidad: «*Ego* vivencia *alter* como *alter ego*. Al mismo tiempo que tiene la experiencia con la *no-identidad de las perspectivas*, *ego* vivencia la *identidad de esa experiencia de ambos lados*»⁹¹. El problema (de la negación) del reconocimiento en la interacción se produce precisamente cuando uno de los dos polos, en la relación de observación recíproca entre *ego* y *alter*, no está dispuesto a soportar la «libertad» del otro, tanto porque no considera su comportamiento como acción (porque no puede ser diferente del comportamiento proyectado por *ego*), como porque no toma en serio la no-identidad de su perspectiva.

Esbozada de esta forma, la negación del reconocimiento puede ser comprendida como un mal entendido que obstaculiza la emergencia de la doble contingencia como autocatalisadora de los sistemas sociales: «El otro ni siquiera me vio o consideró como posible par en la interacción»⁹². Ese mal entendido, que representa un caso límite, conlleva otra formulación, en la cual se presenta el problema de la negación del reconocimiento: el otro no tolera verme como un par digno de interacciones⁹³. La «posibilidad de que también sea de otra manera»⁹⁴ de mi comportamiento (mi acción) no forma parte de su vivenciar, mi perspectiva es despreciada. En tal sentido, el reconocimiento o no-reconocimiento, un problema que surge primariamente en el ámbito de la interacción como sistema social entre presentes, se relaciona con la moral como forma especial de comunicación que se reproduce conforme al código diferencia entre consideración o estima, y desconsideración o desprecio por alguna persona⁹⁵.

⁸⁴ Cfr. LUHMANN, 1987a (1984): 168 y 185 y ss.

⁸⁵ LUHMANN, 1987a (1984): 158.

⁸⁶ «*Der Versuch, den anderen zu berechnen, würde zwangsläufig scheitern*» [LUHMANN, 1987a (1984): 156].

⁸⁷ LUHMANN, 1987a (1984): 186.

⁸⁸ LUHMANN, 1987a (1984): 169.

⁸⁹ LUHMANN, 1987a (1984): 170 y ss.

⁹⁰ LUHMANN, 1987a (1984): 167.

⁹¹ LUHMANN, 1987a (1984): 172.

⁹² LUHMANN, 1987a (1984): 166.

⁹³ A partir de otros presupuestos, HONNETH (2003: 12), de manera sugestiva, distingue gradualmente entre la «desatención inofensiva de aquel que olvida saludar a un conocido en una fiesta» y la «invisibilidad» originada en el desprecio, sea «que un ensimismado dueño de casa ignore a su empleada, a quien él no ve por causa de su insignificancia social», o de forma más radical, mediante el «una mirada punzante, que sólo puede ser comprendido como señal de humillación, por parte del negro que es alcanzado por ella».

⁹⁴ LUHMANN, 1987a (1984): 184.

⁹⁵ LUHMANN, 1987a (1984): 319 y ss.; 1989: 361 y ss.; 1990b; 1993b; 1997: 244 y ss. y 396 y ss.

El peligro de la moralización es que ella se sitúa, en el lado negativo del código binario, en el umbral de la supresión de la persona (el otro) como «dirección del proceso de comunicación»⁹⁶ y, en el caso extremo, de la eliminación del hombre como su substrato corpóreo-psíquico⁹⁷. Adicionalmente, si consideramos la diferencia entre la llamada «interacción» referente a animales no humanos, que no implican substrato de sistemas constituyentes de sentido (son sistemas biológicos), y la interacción como sistema social entre personas presentes⁹⁸, cabe decir que la negación del reconocimiento es un problema de doble contingencia, dado que tiende a retirar del comportamiento del otro, el carácter selectivo de una acción contingente, sin considerar el vivenciar y también las expectativas del otro como orientadoras de los comportamientos de éste: la negación del reconocimiento, tendiendo, de forma extrema, a la «animalización» del otro como cuerpo que se implica, otro indigno de acción y, por tanto, de interacción. Así como LUHMANN afirma respecto a la exclusión de los sistemas sociales (que perciben a los hombres sólo como cuerpos)⁹⁹, es necesario hacer presente lo siguiente cuando hablamos de falta de reconocimiento en la interacción: *ego* no observa a *alter* como persona, sino apenas como cuerpo. Finalmente, si consideramos que «una de las consecuencias más importantes de la doble contingencia es el surgimiento de la *confianza* o *desconfianza*»¹⁰⁰, se puede afirmar que en la negación del reconocimiento del otro, la desconfianza se expande de tal forma que impide la construcción de una interacción fundada en la doble contingencia.

No obstante, el problema del reconocimiento del otro en la interacción, como problema de doble contingencia, sea realmente relevante, no tiene en cuanto presupuesto de la esfera pública, la misma importancia que la inclusión¹⁰¹. Entre inclusión y reconocimiento existe una asimetría. Puede darse, que en interacciones concretas haya inclusión sin reconocimiento. Todos alguna vez pasamos, en menor o mayor medida, por situaciones de falta de reconocimiento *en la* interacción o *para* la interacción en lo cotidiano, incluso perteneciendo al sector de inclusión. Por el contrario, el reconocimiento sin inclusión es imposible. En una cadena de exclusión, en la cual no tener empleo significa también no tener dinero, educación, derechos, acceso al sistema de salud, etc., no es posible hablar de reconocimiento de la respectiva persona en la interacción, sino en un sentido pseudo-asistencialista o pseudocaritativo, de «compasión» con los sufrimientos del cuerpo y del «alma».

En principio, nadie puede exigir reconocimiento *en la* interacción o *para* la interacción, a no ser que se trate de una exigencia de la organización (colegas de trabajo en una reunión) o de una conexión funcional (por ejemplo, derecho a ser oído en el proceso); o en los casos extremos de prohibir una moralización negativa que pretende

⁹⁶ LUHMANN, 1989: 367, nota 11.

⁹⁷ Cfr. LUHMANN, 1989: 368; 1990b: 26.

⁹⁸ Aquí cabe recordar a MEAD, 1962 (1934): 108, al hacer la distinción entre un hombre y un perro, por la capacidad que el hombre tiene de autocondicionar su comportamiento (acción), mientras el comportamiento del perro sólo puede ser condicionado por un otro.

⁹⁹ Vid. *supra* 20.

¹⁰⁰ LUHMANN, 1987a (1984): 179.

¹⁰¹ La relación entre inclusión y reconocimiento, aquí analizada, no se confunde con la relación entre distribución y reconocimiento, muy difundida en la discusión filosófico-social dominante (al respecto, *vid.* FRASER/HONNETH, 2003).

eliminar a la persona del otro (o que en principio, ya constituye en sí misma una cuestión jurídica de derechos personalísimos). Si en una fiesta, nadie entra en interacción conmigo (nadie me ve, «¿por qué no me miras?»), sea cual sea el motivo, esa situación, inicialmente, no podrá ser considerada como negación de un derecho o una pretensión política, ni como una negación y restricción a la construcción de una esfera pública. Inclusive, si en un comicio político, los presentes no prestan la más mínima atención a las palabras de un candidato, esto no puede, en principio, ser tratado como negación de un derecho político o de un presupuesto de la esfera pública. Contraproducentemente, llevaría a una excesiva juridización de la sociedad o a una politización totalitaria de la esfera pública.

Sin embargo, si el problema de la negación del reconocimiento de determinados grupos y personas traspasa los límites de la interacción concreta, tendiendo a la generalización en el mundo de la vida y en la esfera pública, resultan perjudicadas la construcción y el desarrollo de ésta. En tal caso, es preciso observar que el problema de reconocimiento tiende a transformarse en exclusión social de ciertos grupos. Es decir, la generalización de la falta de reconocimiento de ciertas personas en las interacciones del mundo de la vida, engendra su exclusión de los sistemas funcionales (por ejemplo, discriminación de los judíos en la Alemania nazi, y los diversos actos racistas contra negros o grupos étnicos, especialmente en forma de *apartheid*). Por tanto, pese a su asimetría, la relación entre inclusión y reconocimiento se caracteriza por una circularidad: sin inclusión de las personas en los sistemas funcionales, y por extensión, en la sociedad, no podemos hablar de reconocimiento de las mismas en la interacción, esto es, la exclusión implica la negación del reconocimiento; la generalización del no-reconocimiento de personas y grupos en las interacción o hacia las interacciones del mundo de la vida, trae con ella la exclusión de los sistemas funcionales, e impide la construcción y desarrollo de una esfera pública «universalista», indispensable para la concretización y realización de la Constitución del Estado democrático de derecho.

5.

En el ámbito de la *estructura de la sociedad mundial* del presente, cuya autocomprensión se expresa cada vez más intensamente en la *semántica de la globalización*, diversos factores contribuyen a la limitación de la esfera pública como poseedora de un complejo entramado, cuyos flujos de sentido sirven a la heterolegitimación de los procedimientos constitucionales del Estado democrático de derecho. En este contexto, también se sugiere la superación del concepto de esfera pública política en virtud del fin de las condiciones de su existencia. En las líneas que siguen, trataré esto en dos niveles: en el primero, los problemas que la esfera pública enfrenta actualmente en el ámbito del Estado constitucional, frente al que se construyó y desarrolló en la sociedad moderna; en el segundo, los límites a las posibilidades de una esfera pública en el plano supra-estatal, transestatal o global.

En el correr de la denominada «globalización económica», con la consecuente expansión del sistema económico en detrimento de la autonomía constitucionalmente fundada de los sistemas jurídico y político. La esfera pública se vio fragilizada debido a su incapacidad de manifestarse de forma relevante sobre temas significativos para

la reproducción de la sociedad global. La tendencia *excluyente* del «imperialismo» del código económico, actúa de tal forma, que constituye un factor que traslada las decisiones político-económicas y jurídico-económicas a esferas supra-estatales, transestatales o globales, debilitando tanto el Estado constitucional como la respectiva esfera pública.

Por otra parte, cabe considerar que, en el plano local, es posible observar que la intolerancia étnica ha aumentado y los fundamentalismos se han vuelto más fuertes, resistiendo a la complejidad sistémica y al reconocimiento del otro en la sociedad mundial de la actualidad, negando, de esta manera, el disenso estructural y la heterogeneidad de la esfera pública. Relacionado a esto, se encuentra el problema de la apatía pública. Esto es, la postura de indiferencia a los procedimientos constitucionales. La combinación de los extremismos políticos que tienen su origen en la intolerancia étnica, y los fundamentalismos, con la apatía señalada, tiende a anestesiar la esfera pública construida en torno a los procedimientos jurídicos y políticos del Estado constitucional¹⁰².

El problema se acrecienta al considerar que los fundamentalismos, traspasando los límites territoriales del Estado, emergen en el plano global en forma de terrorismo étnico y religioso, opuesto a la idea de una esfera pública pluralista. El terrorismo global, se asocia a su vez, con «el imperialismo de los derechos humanos»¹⁰³, política intervencionista, que al invocarlos retóricamente conforme a una lectura Occidental (o más precisamente, norteamericana), pretende destinarse a imponerlos unilateralmente contra los países que supuestamente los ofenden. De tal forma, se ve perjudicada, en ambos lados del conflicto, la posibilidad de construcción, mantenimiento o desarrollo de la esfera pública.

Dichos problemas, se enlazan a los intentos de desarrollo de una esfera pública supra-estatal, transestatal o global¹⁰⁴. En el plano de la integración regional, sobre todo en el caso de la Unión Europea, la construcción de una esfera pública en torno a los procesos «supranacionales» parece indisoluble de la emergencia de una organización política susceptible de ser caracterizada como un equivalente funcional de un Estado constitucional, con los procedimientos en torno a los cuales se articule de forma relevante el entramado de comunicaciones constitutivas de esa nueva esfera pública. Sin su relevancia para los procedimientos jurídicos y políticos, con el llamado «*déficit democrático*», la esfera pública se caracteriza por su fragilidad. La «esfera pública frágil» actúa muy puntual e intermitentemente, es decir, no es capaz de influenciar de forma generalizada y permanente, los respectivos procedimientos políticos y jurídicos supra-nacionales, transestatales o globales¹⁰⁵. Las decisiones tomadas y las normas establecidas por medio de esos procedimientos son, en general, insensibles a las esferas públicas frágiles y marginales en el plano supra-estatal, transestatal o global. En este ámbito, la

¹⁰² Cfr. NEVES, 2006 (2000): 215-226.

¹⁰³ NEVES, 2005: 186.

¹⁰⁴ Según STICHWEH, 2002: 57: «Esfera pública y esfera pública mundial son fenómenos más o menos simultáneos respecto de su surgimiento». El problema reside, no obstante, en los diferentes niveles de influencia y fuerza legitimadora de la esfera pública relacionada al Estado y de la esfera pública mundial para los respectivos procedimientos políticos y jurídicos.

¹⁰⁵ Cfr. BRUNKHORST, 2002: 184 y ss.; 2007: 233 y ss. En la distinción entre esfera pública «fuerte» y «frágil», BRUNKHORST recurre a FRASER, 1992: 132 y ss.

inexistencia de una «esfera pública fuerte» dificulta u obstaculiza la heterolegitimación de los respectivos procedimientos.

Frente a estos obstáculos, tanto en el plano estatal como global, se tiende a despreciar el concepto de esfera pública política y jurídica, enfatizando, por otra parte, el concepto de redes. No obstante, la propia esfera pública fuerte es una amalgama compleja de redes emergentes de los sistemas funcionales, y del respectivo mundo de la vida. La sobrevivencia de esa conexión desestructurada de redes es punto central para la legitimación de los procedimientos constitucionales, y consecuentemente, del derecho y de la política de la sociedad mundial, en cuanto sistemas funcionales segmentados territorialmente en Estados. Ante la ausencia de una esfera pública fuerte en el plano global, transestatal o supra-estatal, cabe su rearticulación mediante nuevas redes movilizadas en torno a los procedimientos constitucionales, que, al mismo tiempo, estén abiertas a los procedimientos jurídicos y políticos desarrollados en aquel plano, emergiendo del nivel local al ámbito global. Sin una renovación amplia de la esfera pública constitucional frente a los nuevos problemas de la sociedad mundial heterárquica, el modelo de Estado democrático de derecho, fundado en la Constitución como acoplamiento estructural entre política y derecho, en cuanto sistemas diferenciados segmentariamente en territorios delimitados, o cualquier equivalente funcional en el plano supra-estatal, transestatal o global, se vuelve insustentable.

(Traducción de Nathaly Mancilla Órdenes)

BIBLIOGRAFÍA

- ARENDET, H., 1989: *The Human Condition*, Chicago/London: The University of Chicago Press (1.ª ed., 1958).
- BENDIX, R., 1969: *Nation-Building and Citizenship. Studies of our changing social order*, Garden City, New York: Anchor (1.ª ed., 1964).
- BLUMENBERG, H., 1998: *Paradigmen zu einer Methaphorologie*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- BORA, A., 2002: «Wer gehört dazu?» Überlegungen zur Theorie der Inklusion», en K.-U. HELLMANN y R. SCHMALZ-BRUNS (orgs.), *Theorie der Politik: Niklas Luhmanns politische Soziologie*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 60-84.
- BRUNKHORST, H., 2002: *Solidarität: Von der Bürgerfreundschaft zur globalen Rechtsgenossenschaft*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- 2007: «Zwischen transnationaler Klassenherrschaft und egalitärer Konstitutionalisierung. Europas zweite Chance», en P. NIESEN y B. HERBORTH (orgs.), *Anarchie der kommunikativen Freiheit: Jürgen Habermas und die Theorie der internationalen der Politik*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 321-349.
- ENGELS, F., 1888: «Die Lage Englands. II. Die englische Konstitution», en K. MARX y F. ENGELS, *Werke*, 15.ª ed., Berlin: Dietz Verlag, vol. I, 569-592 (originalmente in: *Vorwärts!*, núm. 75, de 18 de septiembre de 1844).
- FRASER, N., 1992: «Rethinking the Public Sphere: A Contribution to the Critique of Actually Existing Democracy», en C. CALHOUN (org.), *Habermas and Public Sphere*, Cambridge/MA: The MIT Press, 109-142.
- 2004: «Institutionalizing Democratic Justice: Redistribution, Recognition, and Participation», en S. BENHABIB y N. FRASER (orgs.), *Pragmatism, Critique, Judgment: Essays for Richard J. Bernstein*, Cambridge/MA: The MIT Press, 125-147.

- FRASER, N., y HONNETH, A., 2003: *Umverteilung oder Anerkennung? Eine politisch-philosophische Kontroverse*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- FISCHER-LESCANO, A., y TEUBNER, G., 2006: *Regime-Kollisionen: Zur Fragmentierung des globalen Rechts*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- GRIMM, D., 1987: «Entstehungs- und Wirkungsbedingungen des modernen Konstitutionalismus», en *Akten des 26. Deutschen Rechtshistorikertages, Frankfurt am Main, 22. bis 26. September 1986*, Org. Dieter Simon, Frankfurt am Main: Klostermann, 45-76.
- 1989: «Verfassung», *Staatslexikon: Recht - Wirtschaft - Gesellschaft*, Org. Görres-Gesellschaft, 7.^a ed., Freiburg/Basiléia/Wien: Herder, 5.^o vol. columnas. 633-643.
- 1995: «Konstitution, Grundgesetz(e) von der Aufklärung bis zur Gegenwart», MOHNHAUPT y GRIMM, 1995, 100-141.
- HABERMAS, J., 1978: *Theorie und Praxis*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- 1982: *Theorie des kommunikativen Handelns*, 2.^a ed., Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2 vols.
- 1983: *Moralbewußtsein und kommunikatives Handeln*, Frankfurt am Main: Suhrkamp (trad. bras.: *Consciência Moral e Agir Comunicativo*, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989).
- 1986: *Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- 1990: *Strukturwandel der Öffentlichkeit: Untersuchungen zu einer Kategorie der bürgerlichen Gesellschaft*, Frankfurt am Main: Suhrkamp (1.^a ed., Neuwied: Luchterhand, 1962).
- 1991: *Erläuterung zur Diskursethik*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- 1992: *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- 1999: *Wahrheit und Rechtfertigung: Philosophische Aufsätze*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- HEGEL, G. W. F., 1967: *Jenaer Realphilosophie: Vorlesungsmanuskripte zur Philosophie der Natur und des Geistes von 1805-1806*, Org. Johannes Hoffmeister, Hamburg: Meiner (reimpressão inalterada da 1.^a edição, de 1931, sob o título *Jenenser Realphilosophie II*).
- 1988: *Phänomenologie des Geistes*, Hamburg: Meiner (1.^a ed., Bamberg/Würzburg, 1807).
- HONNETH, A., 1994: *Kampf um Anerkennung: Zur moralischen Grammatik sozialer Konflikte*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- 2003: *Unsichtbarkeit: Stationen einer Theorie der Intersubjektivität*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- HELLER, H., 1934: *Staatslehre*, Org. Gerhart Niemeyer, Leiden: Sijthoff (trad. bras.: *Teoria do Estado*, São Paulo: Mestre Jou, 1968).
- HOLZ, K., 2000: «Citizenship. Mitgliedschaft in der Gesellschaft oder differenzierungstheoretisches Konzept?», en K. HOLZ (org.), *Staatsbürgerschaft: Soziale Differenzierung und politische Inklusion*, Opladen: Westdeutscher Verlag, 187-208.
- KELSEN, H., 1925: *Allgemeine Staatslehre*, Berlin: Verlag von Julius Springer.
- 1946: *General Theory of Law and State*, trad. ingl. A. WEDBERG, Cambridge-Massachusetts: Harvard University Press (trad. bras.: *Teoria geral do direito e do estado*, 3.^a ed., 2.^a tiragem, São Paulo: Martins Fontes, 2000).
- 1960: *Reine Rechtslehre*, 2.^a ed., Wien: Franz Deuticke (reimpressão inalterada: 1983) (trad. bras.: *Teoria pura do direito*, 6.^a ed., 5.^a tiragem, São Paulo: Martins Fontes, 2003).
- LACLAU, E., 1994: «Why do Empty Signifiers Matter to Politics?», en J. WEEKS (org.), *The Lesser Evil and the Greater Good. The Theory and Politics of Social Diversity*, London: Rivers Oram Press, 167-178.
- LASSALLE, F., 1987: «Über Verfassungswesen» (1962), en *Reden und Schriften*, Org. Hans Jürgen Friederici, Colônia: Röderberg, 120-147 (trad. bras.: *Que é uma Constituição?*, Porto Alegre: Editorial Villa Martha, 1980).

- LEFORT, C., 1981: «Droit de l'homme et politique», en C. LEFORT, *L'Invention Démocratique: Les limites de la domination totalitaire*, Paris: Fayard, 45-83 (trad. bras.: «Direitos do homem e política», en *A Invenção democrática: Os limites do totalitarismo*, 2.^a ed., São Paulo: Brasiliense, 1987, 37-69).
- LÉVI-STRAUSS, C., 1973: «Introduction à l'œuvre de Marcel Mauss», en M. MAUSS, *Sociologie et Anthropologie*, 5.^a ed., Paris: Presses Universitaires de France, vol. I, IX-LII (trad. bras.: «Introdução à Obra de Marcel Mauss», en M. MAUSS, *Sociologia e Antropologia*, São Paulo: EPU/EDUSP, 1974, vol. I, 1-36).
- LUHMANN, N., 1965: *Grundrechte als Institution: Ein Beitrag zur politischen Soziologie*, Berlin: Duncker & Humblot.
- 1975: «Interaktion, Organisation, Gesellschaft», en N. LUHMANN, *Soziologische Aufklärung 2: Aufsätze zur Theorie der Gesellschaft*, Opladen: Westdeutscher Verlag, 9-20.
- 1980: «Gesellschaftliche Struktur und semantische Tradition», en N. LUHMANN, *Gesellschaftsstruktur und Semantik: Studien zur Wissenssoziologie der modernen Gesellschaft*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, vol. 1, 9-71.
- 1981a: *Politische Theorie im Wohlfahrtsstaat*, Munique: Olzog.
- 1981b: «Machtkreislauf und Recht in Demokratien», en *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, 2. Opladen: Westdeutscher Verlag, 158-167.
- 1986: «Die Codierung des Rechtssystems», en *Rechtstheorie*, 17, Berlin: Duncker & Humblot, 171-203.
- 1987a: *Soziale Systeme: Grundriß einer allgemeinen Theorie*, Frankfurt am Main: Suhrkamp (1.^a tiragem: 1984).
- 1987b: *Rechtssoziologie*, 3.^a ed., Opladen: Westdeutscher Verlag (1.^a ed., Reinbek bei Hamburg: Rowohlt, 1972, 2 vols.).
- 1988a: *Macht*, 2.^a ed., Stuttgart: Enke (1.^a ed., 1975) (trad. bras.: *Poder*, 2.^a ed., Brasília: UnB, 1992).
- 1988b: *Die Wirtschaft der Gesellschaft*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- 1989: *Gesellschaftsstruktur und Semantik: Studien zur Wissenssoziologie der modernen Gesellschaft*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, vol. 3.
- 1990a: «Verfassung als evolutionäre Errungenschaft», en *Rechtshistorisches Journal*, 9, Frankfurt am Main: Löwenklau, 176-220.
- 1990b: *Paradigma lost: Über die ethische Reflexion der Moral - Rede anlässlich der Verleihung des Hegel-Preises 1989*, incluída a «*Laudatio*» de R. SPAEMANN, Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- 1990c: *Liebe als Passion: Zur Codierung von Intimität*, 5.^a ed., Frankfurt am Main: Suhrkamp (1.^a ed., 1982).
- 1990d: *Die Wissenschaft der Gesellschaft*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- 1992: «Zur Einführung», en NEVES, 1992, 1-4.
- 1993a: *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- 1993b: «The Code of the Moral», en *Cardozo Law Review*, vol. 14, núms. 3-4, New York: Cardozo Law School, jan. 1993, 995-1009.
- 1994: «Europa als Problem der Weltgesellschaft», en *Berliner Debatte INITIAL: Zeitschrift für sozialwissenschaftlichen Diskurs*, 2/1994, Berlin: GSFP, 3-7.
- 1995a: «Inklusion und Exklusion», en N. LUHMANN, *Soziologische Aufklärung 6: Die Soziologie und der Mensch*, Opladen: Westdeutscher Verlag, 237-264.
- 1995b: *Gesellschaftsstruktur und Semantik: Studien zur Wissenssoziologie der modernen Gesellschaft*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, vol. 4.

- 1996a: *Protest: Systemtheorie und soziale Bewegungen*, Org. Kai-Uwe Hellmann, Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- 1996b: *Die Kunst der Gesellschaft*, 2.^a ed., Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- 1997: *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2 tomos.
- 1998: «Der Staat des politischen Systems: Geschichte und Stellung in der Weltgesellschaft», en U. BECK (org.), *Perspektiven der Weltgesellschaft*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1998, 345-380.
- 1999: «Ethik in internationalen Beziehungen», en *Soziale Welt*, 50, Baden-Baden: Nomos, 247-254.
- 2000a: *Die Politik der Gesellschaft*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- 2000b: *Die Religion der Gesellschaft*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- 2002a: *Einführung in die Systemtheorie*, Org. Dirk Baecker, Heidelberg: Carl-Auer-Systeme.
- 2002b: *Das Erziehungssystem der Gesellschaft*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- 2004: «Codierung und Programmierung: Bildung und Selektion im Erziehungssystem» (1986), en *Schriften zur Pädagogik*, Org. Dieter Lenzen, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 23-47.
- MACDOWELL, D. M., 1989: «The Oikos in Athenian Law», en *The Classical Quarterly*, New Series, vol. 39, núm. 1, Cambridge: Cambridge University Press, 10-21.
- MARSHALL, T. H., 1976: «Citizenship and Social Class» (1949-1950), en T. H. MARSHALL, *Class, Citizenship and Social Development*, Westport, Connecticut: Greenwood Press (reimpressão da edição de Nova York, 1964), 65-122.
- MARX, K., 1988: «Zur Judenfrage», en K. MARX y F. ENGELS, *Werke*, 15.^a ed., Berlin: Dietz Verlag, vol. I, 347-377 (originariamente en: *Deutsch-Französische Jahrbücher*, Paris, 1944).
- MEAD, G. H., 1962: *Mind, Self, & Society: from the Standpoint of a Social Behaviorist*, Org. e intr. Charles W. Morris. Chicago/Londres: The University of Chicago Press (1.^a ed., 1934).
- MOHNHAUPT, H., 1995: «Konstitution, Status, Leges fundamentales von der Antike bis zur Aufklärung», en MOHNHAUPT y GRIMM, 1995, 1-99.
- MOHNHAUPT, H., y GRIMM, D., 1995: *Verfassung: Zur Geschichte des Begriffs von der Antike bis zur Gegenwart; zwei Studien*, Berlin: Duncker & Humblot.
- MÖLLERS, Ch., 2005: «Netzwerk als Kategorie des Organisationsrechts —zur juristischen Beschreibung dezentraler Steuerung—», en J. OEBBECKE (org.), *Nicht-normative Steuerung in dezentralen Systemen (Nassauer Gespräche der Freiherr-Vom-Stein-Gesellschaft*, vol. 7), Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 285-302.
- NEVES, M., 1992: *Verfassung und Positivität des Rechts in der peripheren Moderne: Eine theoretische Betrachtung und eine Interpretation des Falls Brasilien*, Berlin: Duncker & Humblot.
- 1994: «Entre Subintegração e Sobreintegração: A Cidadania Inexistente», en *DADOS - Revista de Ciências Sociais*, vol. 37, núm. 2, Rio de Janeiro: IUPERJ, 253-276.
- 2005: «Die Symbolische Kraft der Menschenrechte», en *Archiv für Recht und Sozialphilosophie*, 91/2, Stuttgart: Franz Steiner, 159-187.
- 2006: *Entre Têmis e Leviatã: Uma Relação Difícil. O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*, São Paulo: Martins Fontes (original: *Zwischen Themis und Leviathan: Eine Schwierige Beziehung. Eine Rekonstruktion des demokratischen Rechtsstaates in Auseinandersetzung mit Luhmann und Habermas*, Baden-Baden: Nomos, 2000).
- PARSONS, T., 1968: «Interaction: Social Interaction», en *International Encyclopedia of the Social Sciences*, vol. 7, New York: The MacMillan Company & The Free Press/London: Collier Macmillan Publishers, 429-441 (reimpressão, 1972).
- 1971: *The System of Modern Societies*, Englewood Cliffs, Nova Jersey: Prentice-Hall, 1971 (trad. bras.: *O sistema das sociedades modernas*, São Paulo: Pioneira, 1974).

- 1994: «Full Citizenship for the Negro American: A Sociological Problem» (1965), en B. S. TURNER y P. HAMILTON (orgs.), *Citizenship: Critical Concepts*, London/New York: Routledge, vol. II, 141-175.
- PARSONS, T., *et al.*, 1951: «Some Fundamental Categories of the Theory of Action: A General Statement», en T. PARSONS y E. A. SHILS (orgs.), *Toward a General Theory of Action*, Cambridge, MA: Harvard University Press, 3-29 (6.ª impressão, 1967).
- PETERS, B., 1993: *Die Integration moderner Gesellschaften*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- SKINNER, Q., 1989: «Language and political change», en T. BALL, J. FARR y R. L. HANSON (orgs.), *Political Innovation and conceptual Change*, Cambridge: Cambridge University Press, 6-23.
- SMEND, R., 1968: «Verfassung und Verfassungsrecht (1928)», en R. SMEND, *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, 2.ª ed., Berlin: Duncker & Humblot, 119-276.
- STICHWEH, R., 1997: «Inklusion/Exklusion, funktionale Differenzierung und die Theorie der Weltgesellschaft», en *Soziale Systeme: Zeitschrift für soziologische Theorie*, 3, Opladen: Leske + Budrich, 123-136.
- 2002: «Die Entstehung einer Weltöffentlichkeit», en H. KAELBLE, M. KIRSCH y A. SCHMIDTGERNIG (orgs.), *Transnationale Öffentlichkeiten und Identitäten im 20. Jahrhundert*, Frankfurt am Main/Nova York: Campus, 57-66.
- STOURZH, G., 1975 o 1989: «Vom aristotelischen zum liberalen Verfassungsbegriff. Zur Entwicklung in Nordamerika im 17. und 18. Jahrhundert», en F. ENGEL-JANOSI, G. KLINGENSTEIN y H. LUTZ (orgs.), *Fürst, Bürger, Mensch: Untersuchungen zu politischen und soziokulturellen Wandlungsprozessen im vorrevolutionären Europa*, Munique: R. Oldenbourg, 1975, 97-122. Posteriormente, com algumas alterações: «Vom aristotelischen zum liberalen Verfassungsbegriff. Staatsformenlehre und Fundamentalgesetze in England und Nordamerika im 17. und 18. Jahrhundert», en G. STOURZH, *Wege zur Grundrechtsdemokratie: Studien zur Begriffs- und Institutionengeschichte des liberalen Verfassungsstaates*, Wien/Colônia: Böhlau, 1989, 1-35.
- TAYLOR, Ch., 1993: *Multikulturalismus und die Politik der Anerkennung*, Frankfurt am Main: Fischer.
- 1995: *Das Unbehagen an der Moderne*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- TEUBNER, G., 1996: «Altera Pars Audiatur: Das Recht in der Kollision anderer Universalitätsansprüche», en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, núm. suplementar (*Beiheft*), 65. Wiesbaden: Steiner, 199-220 (trad. bras.: «*Altera pars audiatur*: o direito na colisão de discursos», en G. TEUBNER *et al.*, *Direito e cidadania na pós-modernidade*, Piracicaba: UNIMEP, 2002, 91-129).
- 1998: «Nach der Privatisierung? Diskurskonflikte im Privatrecht», en *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, 19, Wiesbaden: Westdeutscher Verlag, 8-36 (trad. bras.: «Após a privatização: conflitos de discursos no direito privado», en G. TEUBNER, *Direito, sistema e policontextualidade*, Piracicaba: UNIMEP, 2005, 233-68).
- THÜRER, D., 1996: «Der Wegfall effektiver Staatsgewalt: “The Failed State”», en *Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht*, 34, Heidelberg: C. F. Müller, 9-47.
- WEBER, M., 1985: *Wirtschaft und Gesellschaft: Grundriß der verstehenden Soziologie*, 5.ª ed., Org. Johannes Winckelmann, Tübingen: Mohr (1.ª ed., 1922) (trad. bras.: *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*, Brasília: UnB/São Paulo: Imprensa Oficial, 2004, 2 vols.).
- WITTGENSTEIN, L., 1997: «Philosophische Untersuchungen» (1945-1949), en L. WITTGENSTEIN, *Werkausgaben*, 11.ª ed., Frankfurt am Main: Suhrkamp, vol. 1, 225-580 (trad. bras.: *Investigações Filosóficas*, 2.ª ed., São Paulo: Abril Cultural, 1979, col. «Os Pensadores»).



ALGUNOS ARGUMENTOS A FAVOR DE UNA CIENCIA JURÍDICA INTERPRETATIVA*

Aldo Schiavello

Università degli Studi di Palermo (Italia)

RESUMEN. La ciencia jurídica de matriz iuspositivista establece un ligamen preciso entre el derecho y el lenguaje. Según esta perspectiva, el derecho es el discurso del legislador y la ciencia jurídica no es otra cosa que un discurso sobre un discurso: un metalenguaje descriptivo del lenguaje prescriptivo del legislador. Esta concepción del derecho y este modelo de ciencia jurídica están en crisis desde hace algunas décadas. En mi artículo presento cuatro argumentos dirigidos a señalar los límites de esta aproximación al derecho: el argumento epistemológico, el argumento del pluralismo epistemológico, el argumento del giro interpretativo y, finalmente, el argumento funcionalista. Estos argumentos no están todos al mismo nivel y no tienen todos la misma fuerza. Algunos proporcionan sólo una explicación de por qué la ortodoxia iusanalítica sobre la ciencia jurídica esté siendo atacada. Otros tienen la pretensión de identificar algunos límites estructurales y conceptuales de este modelo.

Palabras clave: Ciencia jurídica, descriptivismo, pluralismo metodológico, giro interpretativo.

Some arguments supporting an interpretative approach to legal knowledge

ABSTRACT. Legal positivism's conception of legal knowledge sets up a tight bond between law and language. According to this perspective, law is the discourse of the legislator and legal science is nothing but a discourse on a discourse: a meta-language descriptive of the prescriptive language of the legislator. This conception of law and this model of legal science have been in crisis for some decades. In my paper I present four arguments serving to underline the limits of this approach to law: the epistemological argument, the argument of epistemological pluralism, the argument of the interpretative turn, and lastly the functionalist argument. These arguments are not all on the same plane and do not all have the same strength. Some only furnish an explanation of why analytical law orthodoxy on legal science is under attack. Others claim to identify some structural and conceptual limits of this model.

Keywords: Legal knowledge, descriptivism, constructivism, methodological pluralism, interpretive turn.

* Fecha de recepción: 27 de abril de 2014. Fecha de aceptación: 14 de mayo de 2014.

1. PREMISA

El tema de la ciencia jurídica o, para ser más precisos, del «carácter científico» de la jurisprudencia (en su acepción de *prudentia* o *sapientia juris*), además de ser un tema clásico de la reflexión iusfilosófica¹, ha marcado el nacimiento de la Escuela analítica italiana de filosofía del derecho desde principio de los años cincuenta del siglo pasado, a partir de la publicación, por Norberto BOBBIO, de su ensayo *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*², un verdadero y propio «manifiesto programático»³ del nuevo curso iusfilosófico.

Las tesis de fondo compartidas por los exponentes de esta Escuela (en especial por BOBBIO, SCARPELLI y TARELLO) se pueden resumir de una forma eficaz tomando prestadas las palabras de Riccardo GUASTINI: «el derecho no es otra cosa que un discurso: las normas son comunicaciones lingüísticas prescriptivas, es decir enunciados (ni verdaderos, ni falsos) dirigidos a modificar la conducta humana. Por consiguiente, la ciencia jurídica es [...] no una enigmática ciencia “normativa”, sino simplemente un análisis lingüístico: en concreto, el análisis del discurso legislativo. Puesto que se reduce a la ciencia jurídica [...] a un “discurso sobre otro discurso”: un metalenguaje descriptivo, en el que el lenguaje-objeto es el discurso prescriptivo del legislador»⁴.

Es oportuno recordar que, a excepción del acuerdo de máximos sobre estas tesis metodológicas y/o meta-metodológicas, la Escuela analítica italiana se ha dividido en muchas corrientes, a partir de la divergencia fundamental entre la versión normativista y la versión iusrealista⁵. Esto ha provocado un rico debate entre los distintos exponentes de esta Escuela, un debate que con el tiempo ha ido esclerotizándose y agotándose (se trata, obviamente, de una opinión personal): cada uno de los participantes desarrolla diligentemente su papel en la comedia sin ofrecer ninguna sorpresa a la platea⁶.

Mi impresión es que son precisamente los presupuestos de fondo los que sería necesario revisar, o al menos deberían ser el objeto central del debate⁷. Desde los años cincuenta del pasado siglo muchas cosas han cambiado: la globalización ha provocado (entre muchas cosas) la crisis del modelo jurídico basado en la soberanía de los Estados nacionales; el neoempirismo ya no representa la corriente principal en el ámbito

¹ Se puede consultar por ejemplo KIRCHMANN, 1964: 3-35. Para una reconstrucción general de la evolución de la ciencia jurídica desde una perspectiva histórica, *vid.* SAMUEL, 2003.

² Ahora en BOBBIO, 2011: 1-31.

³ Tal y como lo califica PATTARO, 1976: 455.

⁴ GUASTINI, 2011a: XIII. *Vid.* también TROPER, 2003: 19-52. Un discurso aparte merecería en este punto Uberto SCARPELLI, cuyas tesis sobre la ciencia jurídica resultan desde el principio heterodoxas y, en mi opinión, previdentes. *Vid.* en su caso SCHIAVELLO, 2004: 77-89.

⁵ Para una breve pero completa reconstrucción de este debate, *vid.* PINTORE, 1994: 243-264. Para una reconstrucción más detallada, *vid.* CHIASSONI, 2005: 63-101.

⁶ Para una reconstrucción exhaustiva y puesta al día de este debate, se puede ver la discusión entre COMANDUCCI, 2004; FERRAJOLI, 2004a y 2004b; GUASTINI, 2004, y JORI, 2004. El reciente JORI, 2010 en mi opinión puede ser considerado un paso importante en la dirección correcta.

⁷ La influencia, en la conformación de tal impresión, de la perspectiva iusfilosófica de Vittorio VILLA, que con mucho se podría calificar de heterodoxa, es tan evidente que únicamente requiere de un pequeño apunte en esta nota.

epistemológico y también el debate iusfilosófico contemporáneo ha seguido (y está siguiendo) direcciones divergentes respecto a las emprendidas por la escuela analítica italiana. Y se podría continuar.

De ahí, la idea de un manifiesto de una ciencia jurídica «interpretativa», en el que se establezca como objetivo discutir algunas de las tesis de fondo de la perspectiva iusanalítica. No se trata ni de una idea original ni tampoco revolucionaria. El «cambio interpretativo» es uno entre los muchos cambios que han caracterizado a la filosofía (y la filosofía del derecho) contemporánea⁸. Además, la idea de que el derecho sea interpretación y que la ciencia del derecho se resienta de esta característica de su objeto se ha convertido en un tópico del debate iusfilosófico contemporáneo, sobre todo gracias a (o, por los «resistentes», por culpa de) Ronald DWORKIN. El hecho de que una perspectiva filosófica esté de moda no implica que sea correcta. Todavía, es necesario resistir también a la tentación —ante la que ceden en ocasiones algunos iusfilósofos analíticos— de mirar con sospecha y de no tomar demasiado en serio aquellas ideas que desafían a sus convicciones más consolidadas y, por tanto en cuanto tales, más tranquilizadoras.

2. CIENCIA JURÍDICA Y EPISTEMOLOGÍA

Una reflexión completa sobre la ciencia jurídica debe plantearse desde consideraciones epistemológicas generales. En este artículo, también, este aspecto se abordará en pocas líneas; de hecho se considera, no obstante alguna *petitio principii* de algunos participantes en el debate y sin tener en cuenta posiciones ingenuas o excéntricas, que sea posible encontrar una convergencia sustancial de máxima entre los estudiosos del derecho sobre la epistemología que se debe adoptar. Además, la independencia de la ciencia jurídica del sentido común sugiere desarrollar un discurso completo de la ciencia jurídica que prescindiera de un cuadro epistemológico con un fondo excesivamente complicado (*vid.* también el apdo. 6). Las divergencias entre las perspectivas epistemológicas probablemente son más significativas en relación con las ciencias naturales; en esta sede todavía es prudente circunscribir este discurso únicamente a la ciencia jurídica.

Simplificando, las posiciones epistemológicas en este ámbito se pueden reconducir a dos: el empirismo (o descriptivismo) y el constructivismo⁹.

El empirismo presupone el realismo metafísico, esto es la convención, no verificable empíricamente, de que exista un mundo externo independiente de los sujetos que conocen. Además, el empirismo considera que la función del lenguaje del conocimiento sea la de (tender a) representar la realidad «así como es». Para el empirismo, la mente humana funciona como un espejo capaz de «reflejar la realidad»¹⁰. En otras palabras, para el empirismo la realidad (la realidad en sí misma) es el último juez de la

⁸ Sobre la «actitud» de la filosofía contemporánea frente a los cambios, *vid.* TUZET, 2005: 43-44. Utiliza por primera vez la expresión «giro interpretativo» en el ámbito iusfilosófico KRESS, 1987: 834-860.

⁹ En este punto sigo la óptima reconstrucción de COMANDUCCI, 2008: 419-423. Para un análisis más articulado y convincente de las diferencias entre el descriptivismo y el constructivismo *vid.* VILLA, 1999.

¹⁰ *Vid.* RORTY, 1986.

corrección de nuestro conocimiento: entre la ontología y la epistemología el énfasis se pone sobre la primera.

El constructivismo no niega necesariamente el realismo metafísico. Esta perspectiva considera, sin embargo, que la actividad cognoscitiva no pueda trascender el fondo constituido por la forma en la que funciona nuestro lenguaje y, de forma más general, no pueda trascender nuestros esquemas conceptuales. El constructivismo «moderado» no duda de que el objeto del conocimiento sea la realidad, pero precisa que la realidad que es objeto de conocimiento siempre es una «realidad para nosotros» y no la «realidad en sí misma».

El constructivismo «radical», por el contrario, es antirrealista, lo que distingue, al menos a primera vista esta perspectiva del escepticismo es el énfasis que pone el constructivismo sobre la existencia de un lenguaje compartido y de esquemas conceptuales comunes. Es precisamente la existencia de determinados esquemas conceptuales compartidos—que no son ni verdaderos ni falsos y que, por tanto, podrían ser diferentes de aquello que en realidad son— lo que permite en definitiva distinguir entre creencias verdaderas y falsas. El problema, en un planteamiento de este tipo, no es el énfasis que se pone en la necesidad de un filtro —un filtro representado por el lenguaje y los esquemas conceptuales— entre la mente humana, el pensamiento, por una parte, y el mundo, por otra, sino la tesis, mucho más exigente y atribuible al idealismo, de que la corrección o no de nuestras creencias no depende, en ningún sentido, de cómo es el mundo¹¹.

El antirrealismo contrasta con la intuición de fondo según la cual en los estados de la intención que expresan creencias sobre el mundo se puede distinguir entre aquellos correctos e incorrectos sólo con la condición de aceptar una forma, aunque sea mínima, de empirismo. En otras palabras, nuestras afirmaciones sobre el mundo y sobre la realidad pueden tener un sentido, ser verdaderas o falsas, únicamente con la condición de que el «tribunal de la experiencia»¹² sea capaz de desempeñar un papel de mediación entre nuestra mente y el mundo. En caso contrario, lo único que nos queda es una especie de «escepticismo plural» que se diferencia del relativismo tradicional porque determina la «medida de todas las cosas» no ya en el ser humano individual, sino en la sociedad en su conjunto. Por consiguiente, el conocimiento, la posibilidad de conocer, ya no sería una ilusión individual sino colectiva. Pero en todo caso continuaría siendo siempre una ilusión.

Sin embargo, el antirrealismo, no es una tesis compartida por todos los constructivistas. Tal y como antes ya he precisado el constructivismo no implica el antirrealismo¹³.

Por el contrario, no todos los empiristas son ingenuos. Paolo COMANDUCCI, por ejemplo, está dispuesto a admitir que «la correspondencia o no de nuestras proposi-

¹¹ Vid. WILLIAMS, 1988: 279-296.

¹² «El dogma del reduccionismo sobrevive en la suposición de que cada proposición, considerándola de forma aislada de las demás, pueda ser objeto siempre de confirmación o refutación. Mi sugerencia [...] es que nuestras proposiciones sobre el mundo externo siempre se encuentran frente al tribunal de la experiencia sensible no individual, sino solo como una asociación» (QUINE, 1969: 884-885).

¹³ A fin de conocer una perspectiva constructivista y no precisamente antirrealista *vid.* por ejemplo VILLA, 1993: 210-216, además del ya citado VILLA, 1999.

ciones con la realidad está influenciada por la configuración del objeto de que se trate. Se llega así a sostener que, en cierta medida, la ontología depende de la epistemología, no en el sentido —típico del constructivismo más radical— de que toda la realidad sea *dependiente del sujeto*, sino en el sentido de que nuestros *criterios* heurísticos (no nuestro *concepto* de verdad) sean necesariamente coherentes»¹⁴.

En conclusión, si es verdad que pocos juristas niegan la existencia de una realidad jurídica externa y el papel necesario del lenguaje y de los esquemas conceptuales en la representación de la realidad, entonces no resulta oportuno enfatizar la contraposición entre el empirismo y el constructivismo. Tal contraposición adquiriría una importancia crucial en el caso de que el constructivismo radical y el empirismo ingenuo no representasen —como de hecho representan— posiciones marginales en el debate iusfilosófico contemporáneo sobre la ciencia jurídica.

3. LA CIENCIA JURÍDICA Y SU OBJETO

El pluralismo metodológico es una tesis (casi) de manera unánime aceptada por la epistemología contemporánea. Según esta tesis, que contradice el monismo metodológico del neopositivismo más intransigente, la posibilidad de cualificar como «científico» un ámbito del conocimiento no pasa por la adopción de un método determinado, en particular el método de las ciencias empíricas maduras¹⁵. La idea, banal, es que el método depende del contexto o, en otras palabras, que es el ámbito de la experiencia objeto del estudio el que determina cual sea el método adecuado que se tiene que adoptar.

En general, una investigación meta-metodológica nos llevará a distinguir de un modo más bien neto el método de las ciencias naturales de aquel de las ciencias humanas. Las razones son, una vez más, obvias. Aquí las resumo afirmando que en el ámbito de las ciencias naturales la distancia entre el objeto de estudio y la actividad cognoscitiva es más amplia de cuanto sea, fatalmente, en el ámbito de las ciencias humanas. Estas últimas, de hecho, se ocupan de acontecimientos humanos los cuales, a diferencia de los hechos naturales, se «construyen»¹⁶ por los seres humanos y, precisamente por esto, no son impermeables a la actividad cognoscitiva que les atañe. El científico social es en cierto modo un actor o un «constructor» en el ámbito de la experiencia que representa el objeto de su estudio.

Si aceptamos la tesis de que el objeto de estudio influye sobre el método científico, entonces un discurso sobre la ciencia jurídica —y una defensa de una ciencia jurídica «interpretativa»— impone la realización de una breve reflexión preliminar sobre el objeto de la ciencia jurídicas es decir, sobre el derecho.

¹⁴ COMANDUCCI, 2008: 422-423, cursivo en el original; *vid.* también JORI, 1985: 423-426.

¹⁵ Para una presentación más completa de la contraposición entre monismo y pluralismo metodológico y para una defensa argumentada sobre este último se puede consultar la obra pionera de VILLA, 1984: 24-45. *Vid.* también VILLA, 2004: 1-43 y VILLA, 2013: 374-398. El pluralismo metodológico es también una de las tesis centrales de la filosofía hermenéutica y por tanto representa un punto crucial de intersección entre tradiciones filosóficas (y iusfilosóficas) diferentes. *Vid.* GADAMER, 1983 y, por lo que respecta al ámbito iusfilosófico VIOLA-ZACCARIA, 1999: 105-173 y ZACCARIA, 2012.

¹⁶ *Vid.* SEARLE, 1996.

Definir qué es el derecho o delimitar el ámbito jurídico no es simple. Herbert HART parte precisamente de una reflexión sobre la dificultad de definir el derecho para elaborar su versión del positivismo jurídico.

Pocas preguntas referentes a la sociedad humana han sido formuladas con tanta persistencia y respondidas por pensadores serios de maneras tan diversas, extrañas, y aun paradójicas, como la pregunta «¿qué es derecho?». Aunque limitemos nuestra atención a la teoría jurídica de los últimos ciento cincuenta años, y dejemos a un lado la especulación clásica y medioeval acerca de la «naturaleza» del derecho, nos daremos con una situación que no encuentra paralelo en ningún otro tema estudiado en forma sistemática como disciplina académica autónoma. No hay una vasta literatura consagrada a contestar las preguntas «¿Qué es la química?» o «¿Qué es la medicina?», como la hay para responder a la pregunta «¿Qué es el derecho?»¹⁷.

El desacuerdo, también radical, sobre la definición del derecho nos dice mucho sobre la naturaleza de este último y representa un indicio a favor de una ciencia jurídica interpretativa. Sin embargo, en este punto me interesa poner de manifiesto una característica no controvertida del derecho (*vid. apdo. 6*).

Todas las concepciones del derecho que se dividen, también radicalmente, sobre la definición de derecho, atribuyen al derecho (y, en general, a los sistemas normativos) la función de influir sobre el comportamiento humano¹⁸. Usando una feliz expresión formulada por Joseph RAZ y cuyo uso se ha generalizado, el derecho proporciona razones para actuar. Si se asume que el derecho realiza esta función, entonces es necesario preguntarse qué comporta esto para la ciencia jurídica. Una consecuencia particularmente no muy controvertida, al menos a partir de HART, es que el estudioso del derecho no pueda prescindir, a la hora de reconstruir el derecho o un aspecto particular del mismo, del punto de vista del participante, es decir, del punto de vista de quien considera el derecho como una justificación de sus propias acciones.

Más controvertido es, en cambio, establecer que grado de compromiso se le requiera al estudioso del derecho que debe rendir cuenta de la perspectiva del participante. Algunos estudiosos sostienen que sea posible, y además oportuno, registrar como un mero dato la necesaria existencia de «participantes» en la práctica jurídica, evitando con cuidado caer en la órbita de quien considera el derecho una razón para la acción.

No se tiene que dar por descontado que el estudioso del derecho pueda adoptar una perspectiva «indiferente» de este tipo. A fin de evitar esta posibilidad se pueden aducir, además de las buenas razones a favor del constructivismo moderado que ya se ha discutido en el párrafo precedente, también razones más específicas que pongan el acento sobre el hecho de que la perspectiva del participante es compleja y articulada y, debido a ello, cualquier tipo de reconstrucción de dicha perspectiva implica que el estudioso deba tomar decisiones y realizar valoraciones que lo transforman en un participante, ya sea virtual o auxiliar¹⁹.

¹⁷ HART, 1992: 1.

¹⁸ *Vid.* MORESO y VILAJOSANA, 2004: 21-60; RAZ, 2005b: 334-337.

¹⁹ *Vid.* RAZ, 2005a: 313-315 y FINNIS, 2000: 37-57. FINNIS, a diferencia de RAZ, está convencido que las valoraciones que se le piden al estudioso del derecho tengan una naturaleza moral. *Vid.* en su caso SCHIAVELLO, 1998 y SCHIAVELLO, 2002.

Mi impresión, sin embargo, es que plantear la cuestión de esta forma nos aleja del punto que es realmente importante. La pregunta interesante no es si es posible una ciencia jurídica que mantenga las distancias de la práctica jurídica sino si una ciencia jurídica que presente estas características debe fomentarse en el caso de que fuera posible.

Considero que la respuesta a esta pregunta no puede ser sino negativa, por las razones pragmáticas bien defendidas, entre otros, por Manuel ATIENZA: una ciencia jurídica atenta en mantener su propia pureza virginal (la mayor parte de las veces sólo presunta) y que se retraiga en contribuir a la función del derecho de ofrecer razones para la acción, se condena a la irrelevancia práctica²⁰. Utilizando las palabras de Mario JORI (que sigue las enseñanzas de su maestro Uberto SCARPELLI), «el derecho como mecanismo normativo existe en la medida en que consigue dirigir o controlar los comportamientos y la teoría del derecho contribuye en esta tarea»²¹. Utilizando una metáfora evocativa, idea siempre por JORI, se puede sostener que «hacer jurisprudencia no es como observar un bloque de mármol, sino que es como cantar en un coro [...], para que el coro exista es necesario que todos o casi todos los miembros del coro canten en dicho coro»²².

La perspectiva que la ciencia jurídica debe adoptar es al mismo tiempo cognoscitiva y normativa: es cognoscitiva porque no se puede prescindir de la práctica jurídica existente; y es normativa porque al ofrecer reconstrucciones y justificaciones de dicha práctica contribuye a modelarla²³.

Sostener el carácter pragmático e «interno» del conocimiento jurídico no impone que se tenga que desacreditar cualquier otro punto de vista sobre el derecho. Aquí he adelantado algunos argumentos en contra de una ciencia jurídica que pretenda mantener las distancias con el propio objeto de estudio²⁴.

Existen todavía otros puntos de vista sobre el derecho, pudiéndose calificar éstos como externos, que tienen una importancia innegable. En particular, me refiero a aquellas aproximaciones que adoptan la práctica de la sospecha como un método filosófico apropiado. Una perspectiva de este tipo expresé, por ejemplo, Franz KAFKA en la narración *Sobre la cuestión de las leyes*. KAFKA imagina un pueblo gobernado por un grupo de nobles a través de leyes que conocen únicamente el reducido círculo de nobles que detentan el poder. En un cierto momento, en esta narración se vislumbra la posibilidad no sólo de que el pueblo desconozca las leyes sino, además, que éstas no existan o, si existen, que coincidan con las decisiones arbitrarias de la nobleza («ley es aquello que hace la nobleza») ²⁵.

²⁰ ATIENZA, 2012. Allí el autor defiende también otras tesis —en particular el objetivismo ético— que no comparto pero que son relevantes en esta sede. Sobre la relevancia práctica de la ciencia jurídica, *vid.* también el apartado 7.

²¹ JORI, 2010: 15-16.

²² JORI, 1997: 26. *Vid.* también CHIASSONI, 2005: 83-87.

²³ *Vid.* también MACCORMICK, 2001: 24-30. Esta idea presenta una serie de analogías, en las que en esta sede no profundizaré, con la tesis de que la ciencia jurídica debe ser reconducida a la categoría del conocimiento práctico. *Vid.* VIOLA y ZACCARIA, 1999: 33-37; CANALE, 2003: 132-160; TUZET, 2005.

²⁴ Esta posición la mantiene, por ejemplo, sin demora Riccardo GUASTINI: «precisamente como el movimiento de los planetas no se confunde con un libro de astronomía, también una ley o un código se consideran distintos a un manual de derecho» (GUASTINI, 2011b: 440).

²⁵ KAFKA, 1970: 403-405. La posibilidad vislumbrada por KAFKA puede ser reconducida al iusrealismo radical. *Vid.* POGGI, 2008: 57-65.

El objetivo de aproximaciones de este tipo es precisamente el de vislumbrar la sospecha de que la realidad sea diferente a como parece. El arquetipo de una aproximación de este tipo es TRASIMACO que afirma que «la justicia es [...] el interés del más fuerte...». El mérito de la tesis de TRASIMACO es el de mostrar la diferencia entre la apariencia y la realidad. La apariencia es que toda propuesta de justicia es universal y, por tanto, vale para todos aquellos que se encuentren en su ámbito de aplicación; la realidad es que la justicia concierne sólo a los más fuertes y a la tutela de su interés. Sin embargo, el aspecto más interesante de la tesis de TRASIMACO no es la «realidad», verdadera o presunta, que ésta nos comunica, sino el hecho de haber avanzado la sospecha de que aquello que parece no se corresponde necesariamente con lo que es²⁶.

Limitándose a citar algunos ejemplos ilustres, se puede señalar la idea de Karl MARX de que el derecho sea una superestructura se puede interpretar de esta forma; así como de esta manera se puede interpretar la hipótesis de Michel FOUCAULT de que la concepción ilustrada de las penas tutele sólo aparentemente valores como la libertad y la dignidad, mientras que en realidad sea un aparato conceptual capaz de hacer que las penas sean más eficaces a la hora evitar los comportamientos ilícitos respecto a los crueles suplicios del derecho premoderno; además, la lectura psicoanalítica de la práctica jurídica como sustituta de la figura paterna, propuesta por el realista americano Jerome FRANK, puede adscribirse a buen seguro a la filosofía de la duda; finalmente, lo mismo se puede decir de la hipótesis de Anders Vilhelm LUNDSTEDT de que el derecho funciona como una máquina que es capaz de producir reflejos pavlovianos en aquellos a los que afecta.

Las aproximaciones de este tipo sostienen que la práctica jurídica es distinta a cómo se presenta y de cómo aquellos que participan en la misma sostienen que sea. La actitud de sospecha es importante y debe fomentarse (¡con la condición de que no se transforme en una paranoia!) a fin de mantener una actitud crítica y de control del derecho y del poder. No obstante, esta aproximación presupone necesariamente la existencia de participantes convencidos y de una ciencia jurídica que se tome en serio la perspectiva de los participantes. Si, hipotéticamente, los participantes se convenciesen en masa de que el derecho no funciona como ellos piensan que funciona, el resultado sería el fin del derecho como una práctica capaz de producir razones justificativas de la acción y, quizás, el fin del derecho *tout-court*. Una ciencia jurídica «externa» que practique la sospecha puede existir sólo «sobre los hombros» de una ciencia jurídica que está «al lado» de los participantes.

4. CIENCIA JURÍDICA EN SENTIDO AMPLIO Y ESTRICTO

Alguien se habrá percatado (con irritación creciente) que hasta el momento las locuciones «ciencia jurídica», «conocimiento jurídico» y otros términos parecidos se han empleado de una forma desenvuelta e intercambiable; además, el significado de dichas locuciones se ha dado por supuesto y no se ha mostrado ninguna preocu-

²⁶ Vid. PLATÓN, 1998: 338d-339a, 63. Habiendo recogido esta interpretación de las tesis del *Trasimaco* de PLATÓN de IACONO, 2003.

pación en proponer definiciones aunque sean puntuales. Ha llegado el momento de justificar algunas de estas decisiones y eliminar algunos defectos del análisis precedente.

En primer lugar, he empleado «ciencia jurídica» y «conocimiento jurídico» como sinónimos debido a una precisa elección que, a la vista de los párrafos precedentes, no debería sorprender. Preguntarse si la conciencia jurídica sea una verdadera ciencia (y, en su caso, bajo qué condiciones) es, quizás, una cuestión interesante sólo si se mantiene en el ámbito de la epistemología empirista (ingenua) y si se considera el monismo metodológico un dogma imprescindible. También en este último caso, no obstante, la sospecha de que se trate de una cuestión delicada es difícil de alejar. Tal sospecha se refuerza por el hecho de que el mismo BOBBIO reconoce que el problema del carácter científico de la jurisprudencia es «más verbal que real»²⁷. En definitiva, la pregunta interesante es: «¿cómo funciona (cómo debe funcionar) la ciencia jurídica?» y no «¿es el conocimiento jurídico una verdadera ciencia?».

En segundo lugar, he entendido el término «conocimiento jurídico» en su acepción más amplia posible, que comprende todas aquellas actividades que se presentan, con diversas denominaciones, como reconstrucciones del derecho. Una definición tan genérica, no impide que se puedan realizar algunas distinciones dentro del conocimiento jurídico; en especial, una diferenciación oportuna es la que distingue por un lado, entre «teoría del derecho» y «dogmática» o «doctrina» por el otro.

La teoría del derecho incluye las investigaciones sobre el derecho que no se refieren a un específico derecho positivo y a un determinado ordenamiento jurídico sino a una pluralidad de ordenamientos (en algunos casos, las investigaciones teóricas sobre el derecho se sitúan a un nivel tal de generalidad que incluyen a todos los sistemas jurídicos). Los discursos teóricos sobre el derecho «están dirigidos a formular una serie de nociones que se presumen comunes en varios ordenamientos [...]». Al realizar esto los teóricos del derecho [...] se preocupan por reconstruir *también* la compleja actividad (de los legisladores, juristas, operadores, etc.), desarrollada sobre una base prevalentemente lingüística, a través de la cual las nociones en cuestión vienen, según los casos, creadas, interpretadas, usadas, aplicadas en las distintas esferas en las que se articulan las prácticas jurídicas realizadas por estos sujetos, y en los distintos conceptos institucionales que en cada ocasión se toman como referencia»²⁸.

La dogmática, en cambio, agrupa todos los discursos «de aquellos que se ocupan de investigar, por motivos “científicos”, el contenido de sectores concretos de un determinado ordenamiento jurídico positivo»²⁹.

Esta distinción no implica que existan diferencias cualitativas entre teoría del derecho y dogmática, ni que sea posible trazar líneas netas de separación entre estas. Por esta razón considero que sea plausible un discurso sobre la ciencia jurídica que ponga entre paréntesis las diferencias —por muchos aspectos interesantes y que no se deben subestimar— entre los distintos niveles en los que se articula la ciencia jurídica.

²⁷ BOBBIO, 1997: 134.

²⁸ VILLA, 2013: 376-377, la cursiva aparece en el original.

²⁹ *Ibid.*, 376.

El planteamiento de la tradición iusanalítica ortodoxa es bastante diferente³⁰. Tal y como se indicaba en el primer párrafo, desde esta perspectiva tanto la ciencia jurídica como el derecho son discursos, pero discursos bien distintos. El derecho es un conjunto de normas (esto sirve evidentemente también para una perspectiva iusrealista moderada a la *genovesa*), por tanto se trata de un discurso compuesto prevalentemente por enunciados que tienen una función prescriptiva. La ciencia jurídica es un metalenguaje descriptivo que tiene por objeto el lenguaje prescriptivo del derecho. La ciencia jurídica expresa (debe expresar) proposiciones concerniente al derecho. A estos dos niveles de lenguaje es oportuno sobreponer un tercero, que es el de la epistemología jurídica la cual, teniendo por objeto la ciencia jurídica, se puede describir como un meta-metalenguaje. Según este planteamiento, la metajurisprudencia es prescriptiva, en el sentido que prescribe a la jurisprudencia que describa. Esta conclusión señala una distancia problemática (para quien mantiene esta perspectiva) entre la epistemología jurídica y la epistemología de las ciencias naturales. Esta última de hecho se limita a describir cómo las ciencias producen conocimiento. La epistemología jurídica no describe lo que hacen los juristas, sino que les dice lo que deberían hacer (y que generalmente no hacen). Esta disformidad se puede explicar observando que ««la meta-ciencia no puede describir el mundo en el que la ciencia jurídica produce el conocimiento sobre el derecho si el discurso sobre el derecho se presenta a sí mismo como un conjunto de conocimientos. No se puede hacer metaciencia sino sobre un discurso que tenga el carácter de ciencia. A fin de cuentas, no es que la epistemología jurídica de verdad prescriba el describir: lo que ésta hace es indicar las características que una ciencia del derecho debería tener si estuviera construida sobre la base de un modelo inspirado en aquel de las ciencias naturales»»³¹.

El problema —que nadie niega— es que el discurso jurídico está parcialmente indeterminado. Esto implica que la mayoría de las veces a partir de una disposición es posible derivar más normas. Con la finalidad de mantener la distinción entre el derecho (lenguaje objeto) y la ciencia jurídica (metalenguaje), esta última debe ocuparse a) de «interpretación cognitiva», es decir de registrar todas las normas posibles que se pueden derivar de una disposición y b) de identificar y describir la «interpretación vigente» de una disposición (en el caso de que exista).

A la luz de este planteamiento, buena parte de aquello que efectivamente hacen los juristas (en particular la doctrina), en efecto, no puede considerarse un metalenguaje respecto al derecho sino que es parte del lenguaje del derecho. La doctrina, más que describir el derecho, lo modela, bien sea eligiendo una entre las posibles normas que se pueden extraer de una disposición por la vía interpretativa, bien sea produciendo nuevas normas que no están expresadas. Por esta razón, cuando el jurista realiza esta actividad (por ejemplo interpretación decisoria y formulación de nuevas normas), actividades consideradas por todos legítimas³², no se sitúa en el nivel metalingüístico sino en el nivel del lenguaje objeto.

³⁰ Sigo en este punto a GUASTINI, 2011b: 439-450. *Vid.* también GUASTINI, 2011c: 213-225. Para una reconstrucción en clave crítica de esta perspectiva, *vid.* VILLA, 2012: 43-73.

³¹ TROPER, 2003: 25-26.

³² Giovanni TARELLO, 1974: 376 por ejemplo observa: «es demasiado obvio que cualquier discurso de un jurista no escapa de la siguiente alternativa: o es absolutamente inútil, o está destinado a (viene destinado por

En conclusión, la mayor parte de aquello que realizan los juristas no se puede reconducir a la ciencia jurídica, a menos que esta última no se entienda en sentido lato: la «verdadera» ciencia jurídica es aquella que describe el derecho. A este respecto me parece apropiada la observación de Giorgio PINO de que con frecuencia las oposiciones dicotómicas —en este caso específica aquella entre ciencia jurídica y doctrina— «no son del todo inocentes, valorativamente neutras. [...] A menudo, construida una dicotomía, se la convierte tácitamente en una jerarquía. Uno de los entes diferenciados de la dicotomía “está por encima”, es bueno, el otro “está por debajo”, y es una mala copia»³³.

Es evidente —y lo era ya antes— que la concepción de la ciencia jurídica que defiendo es alternativa respecto a la concepción iusanalítica «ortodoxa» que aquí he reconstruido. El punto que me interesa subrayar como conclusión de este apartado, sin embargo, no es esta divergencia, sino el hecho de que la epistemología jurídica analítica rechaza considerar como ciencia jurídica (en un sentido lato) algunas actividades que casi todos reconocen como i) casos paradigmáticos de la ciencia jurídica. Éste no es un argumento decisivo contra esta concepción (demasiado) exigente de la ciencia jurídica, pero es ciertamente un punto a favor de un modelo más amplio y articulado. Parafraseando a HART, un modelo de ciencia jurídica simple y que suministre seguridad no se puede obtener pagando el precio de una distorsión de la realidad.

5. «EL GIRO INTERPRETATIVO» Y CIENCIA JURÍDICA INTERPRETATIVA: ACLARACIONES PRELIMINARES

¿Cuáles son las características de una ciencia jurídica interpretativa?

Para responder a esta pregunta es necesario en primer lugar rechazar las lecturas banales, simplistas, confusas y equivocadas del «giro interpretativo» que utilizan como una especie de eslogan la célebre observación de DWORKIN de que «la práctica legal, a diferencia de muchos otros fenómenos sociales, es argumentativa»³⁴.

Además, es necesario explicitar las características del «giro interpretativo» que no se discutirán en este artículo porque se refieren a cuestiones inherentes a la ontología del derecho (por consiguiente, relativas a la pregunta: «¿qué es el derecho?») más que a cuestiones epistemológicas en un sentido amplio (y, por tanto a la pregunta: «¿Cómo se conoce el derecho?»).

En definitiva, en este apartado se realiza una enumeración de algunos aspectos del «giro interpretativo», de los cuales, por diferentes razones, *no* considero necesario tratar en esta sede.

La tesis de que la ciencia jurídica sea interpretativa está sin duda ligada a la naturaleza interpretativa o argumentativa de la praxis jurídica; esta última tesis, como he

el autor y objetivamente “tiene el destino de”) asumir “fuerza” preceptiva o directiva (frente a sus homólogos, o también frente a los jueces, y habitualmente también frente a otros juristas)».

³³ PINO, 2013: 80.

³⁴ DWORKIN, 1988: 23. Para una presentación exhaustiva de una perspectiva iusfilosófica, *vid.* STAVROPOULOS, 2003.

señalado, se presta a ser banalizada o malentendida y, por tanto, es oportuno intentar clarificarla.

En una acepción verdaderamente banal, afirmar que el derecho *es* interpretación significa sostener que la actividad interpretativa es una característica que pertenece a la práctica jurídica. Los juristas, en definitiva, generalmente interpretan. Nadie lo niega: es una afirmación verdadera, y por tanto, obvia y excesivamente genérica. ¿No se podría decir lo mismo, por ejemplo, de la literatura y de las artes en general? ¿La actividad principal de los críticos no es tal vez interpretar? Queriendo exagerar, también el fútbol podría ser considerado como una práctica interpretativa, al menos a juzgar por las interminables discusiones, en los periódicos y en la televisión, sobre las decisiones arbitrales. Si se entiende de esta forma, la tesis del derecho como práctica social interpretativa más que marcar un giro se preocupa por rebatir lo obvio.

En una acepción un poco más densa pero equivocada, el «giro interpretativo» se utiliza contra el positivismo jurídico. Un ejemplo de este uso del «giro interpretativo» viene representado por las siguientes observaciones de Gustavo ZAGREBELSKY, extraídas de su afortunado libro *El derecho dúctil*: «Según la concepción positivista tradicional, en la aplicación del derecho la regla jurídica se obtiene teniendo en cuenta exclusivamente las exigencias del derecho. [...] Como, además, una vez determinada la regla, su aplicación concreta se reducía a un mecanismo lógico sin discrecionalidad [...] se comprende que los problemas de aplicación del derecho viniesen íntegramente absorbidos en los de la interpretación»; para una concepción interpretativa del derecho, en cambio, «el caso es el motor que impulsa el intérprete y marca la dirección. Partiendo del caso se acude al derecho para interrogarlo y obtener de él una respuesta. A partir del caso, el intérprete procede a buscar las reglas y vuelve a él, en un procedimiento circular (el denominado “círculo interpretativo”) de dirección bipolar que finaliza cuando se componen de modo satisfactorio las exigencias del caso y las pretensiones de las reglas jurídicas»³⁵. En este caso, una pretensión estereotipada del positivismo jurídico (que, en la mejor de las hipótesis, puede considerarse adecuada en relación con el positivismo jurídico del siglo XIX) se acompaña de una concepción del derecho que pretende convertirse en una alternativa respecto al positivismo jurídico pero que, a este nivel de generalidad, es difícil considerar como tal.

Un modo más sofisticado de contraponer el «giro interpretativo» al positivismo jurídico consiste en poner de manifiesto que la imagen iuspositivista del derecho como un sistema de reglas (el «modelo de las reglas» que DWORKIN atribuye a HART) no es correcta y que el rol crucial de los principios convierte al derecho inseparable de la moral. También en este caso, el positivismo jurídico puede responder con argumentos convincentes, pero sobre los cuales aquí no nos podemos detener.

La versión más interesante del «giro interpretativo» en clave anti-iuspositivista coincide con la concepción del derecho como integridad. Esta propone una imagen del derecho como una práctica social construida alrededor de principios y valores (que pueden/deben ser entendidos como) incongruentes. El derecho coincide por tanto con aquella interpretación de la práctica que por encima de las otras es capaz de considerar el valor de la integridad. Siguiendo de una forma libre la reconstrucción que

³⁵ ZAGREBELSKY, 1995: 131-132 y 133-134. *Vid.* también ZAGREBELSKY, 2003: 621-650.

realiza RAZ³⁶, para DWORKIN el derecho coincide con la mejor reconstrucción moral de la práctica jurídica que, precisamente, consiste en reconocer el carácter central que ocupa el valor de la integridad. Este planteamiento representa una alternativa, tanto frente al denominado positivismo jurídico exclusivo, según el cual «todo el derecho es un producto de alguna fuente», como frente al denominado positivismo jurídico inclusivo, según el cual «todo el derecho o es producto de alguna fuente o está reconocido por el derecho producido por alguna fuente». La concepción del derecho como integridad se merece ser tomada seriamente en consideración y, en cierta medida, presupone la idea de una ciencia jurídica interpretativa. Como se ha anticipado, sin embargo, en esta sede me interesa mostrar por qué la ciencia jurídica es (debe ser) interpretativa y no comparar las distintas respuestas a la pregunta «¿qué es el derecho?» propuestas por una ciencia jurídica interpretativa. Por este motivo evitaré profundizar en el discurso de la concepción del derecho como integridad.

Finalmente, la idea de que el derecho sea interpretación expresa también una concepción precisa de la interpretación jurídica que es posible denominar neoformalismo interpretativo y cuya versión más célebre es la tesis dworkiniana de «la única respuesta justa». Esta tesis implica que se atribuya, como ya se ha dicho, un papel crucial a los principios, que se admita alguna versión del objetivismo ético y se minimice la discrecionalidad interpretativa. Ésta es una tesis que indudablemente ha tenido un fuerte impacto sobre la representación de los jueces y de los juristas sobre su propio papel, pero que también presenta muchos límites y puntos oscuros; en cualquier caso, también se trata de un aspecto del «giro interpretativo» del que se puede prescindir.

6. EN DEFENSA DE UNA CIENCIA JURÍDICA INTERPRETATIVA

A fin de determinar cuáles sean las características de una ciencia jurídica interpretativa es útil retomar y profundizar en las reflexiones precedentes sobre la influencia que el objeto de estudio —el derecho, en nuestro caso— y las características específicas tienen en la actividad cognoscitiva (*vid.* el apdo. 3). La naturaleza interpretativa de la ciencia jurídica depende de hecho de las características del concepto de derecho. A este respecto considero útil retomar la distinción propuesta por DWORKIN entre tres tipos de concepto³⁷.

Algunos conceptos son criteriosales en cuanto que presuponen un acuerdo generalizado sobre una definición, que puede ser precisa o aproximativa, la cual permita distinguir entre usos correctos y usos incorrectos. «Equilateralidad» es un concepto criterial absolutamente preciso, «soltero» es razonablemente preciso aunque si existen usos dudosos de este concepto (por ejemplo: ¿tiene sentido decir que un niño de cinco años es soltero?); «matrimonio» es un concepto criterial todavía más impreciso (¿una unión entre personas del mismo sexo es un matrimonio?)³⁸. Una cuestión interesante,

³⁶ RAZ, 2005a: 286-315.

³⁷ *Vid.* DWORKIN, 2010: 3-40 y 153-203 y DWORKIN, 2013: 183-217.

³⁸ Todos los ejemplos están extraídos de DWORKIN, 2010 y 2013. Según RAZ, 2001: 1-37 y STAVROPOULOS, 2001: 59-97, HART considera «derecho» un concepto criterial. RAZ comparte esta tesis de HART, mientras STAVROPOULOS sostiene que tenga razón DWORKIN cuando sostiene que «derecho» es un concepto interpretativo (*infra*).

que aquí no podemos afrontar, es la de establecer cuánta imprecisión puede soportar un concepto criterial antes de transformarse en un concepto de otro tipo (y, es precisamente, en un concepto interpretativo). Se puede decir, de todas formas, que un concepto, para ser tratado como criterial, debe garantizar una amplia «zona clara» de aplicaciones no controvertidas.

Otros conceptos son de «tipos o géneros naturales»: «los tipos naturales son cosas que tienen una identidad fija en la naturaleza, como un compuesto químico o una especie animal, y [...] las personas comparten un concepto de tipo natural cuando lo usan para referirse a un mismo tipo natural»³⁹. Se trata de conceptos de los cuales presuponemos que exista una «esencia natural» (la composición molecular, el ADN, etc.) que no depende de los criterios que nosotros empleamos habitualmente para identificar las instancias de uso correctas de tales conceptos. Por ejemplo, yo puedo estar convencido (y los seres humanos en general habrán estado convencidos durante mucho tiempo) que el leopardo y la pantera son dos especies animales diferentes: en el momento en el que descubro que su ADN es el mismo, tendré que modificar mis convicciones. En *Moby Dick*, Ismael se rebela contra Linneo, que separa las ballenas de los peces: «siendo aquí conocido que, absteniéndome de cualquier argumentación, sostengo siguiendo la buena moda antigua el punto de vista que la ballena es un pez, y pido auxilio al santo Giona para que me ayude» («*Be it known that, waiving all argument, I take the good old fashioned ground that the whale is a fish, and call upon holy Jonah to back me*»)⁴⁰. También en este caso, no es oportuno abrir un debate entre los que apoyan por una parte a Linneo y aquellos que lo hacen a Giona e Ismael por el otro: la ballena *no* es un pez y no lo era tampoco en el tiempo de Giona.

Por final, algunos conceptos son interpretativos. Se trata de conceptos que *a)* están relacionados con prácticas sociales, *b)* expresan el valor o los valores en relación con el cual o con los cuales determinadas prácticas se han construido y *c)* soportan «diferencias de opinión fuertes y completamente irreducibles sobre casos particulares»⁴¹.

El modo en el que DWORKIN describe los conceptos interpretativos se puede reconducir claramente al análisis de los «conceptos esencialmente contestables» propuesta por Walter B. GALLIE⁴²; sin caer en análisis exegéticos del pensamiento dworkiano, me parece oportuno observar al menos que, aunque sin saltos o cambios radicales, la concepción interpretativa del derecho propuesta por DWORKIN ha adquirido poco a poco contornos más claros y, sobre todo en relación con las características del derecho como concepto interpretativo, la deuda de DWORKIN frente a GALLIE emerge con una claridad siempre mayor.

Por esta razón, presentar la noción de concepto esencialmente contestable resulta útil para hacerse una idea más clara de qué entiende DWORKIN por concepto inter-

³⁹ DWORKIN, 2013: 185. Para decirlo con las palabras Hilary PUTNAM, 1987: 266: «si existe una estructura escondida, ésta generalmente determina en qué cosa consiste el ser miembro del género natural, no sólo en el mundo real, sino en todos los mundos posibles. En otros términos aquello que nosotros podemos y no podemos suponer en términos fácticos sobre el género natural (“¿el agua podría haber sido toda vapor?”, sí: “¿el agua habría poder sido XYZ?”, no)».

⁴⁰ MELVILLE, 1992: 136.

⁴¹ DWORKIN, 2013: 187.

⁴² GALLIE, 1956: 167-198; *Vid.* GUEST, 1992: 34-37.

pretativo. Los conceptos esencialmente contestables presentan cinco características⁴³: 1) son conceptos que explicitan el valor (*appraisive*) de una acción considerada como digna de ser perseguida y que conectan entre ellos de modo indisoluble la acción y el valor que en ésta subyace; 2) la acción sobre la cual un concepto contestable explicita el valor debe ser compleja y articulada; 3) las reconstrucciones de tales conceptos deben tener en consideración todos los distintos aspectos y las diversas características de la acción; 4) la acción sobre la que el concepto contestable explicita el valor debe tener un carácter «abierto», debe por tanto ser capaz de soportar cambios significativos, no previsibles con antelación; 5) el uso de los conceptos esencialmente contestables presupone el conocimiento sobre la existencia de usos alternativos con los cuales el uso elegido debe contrastarse y respecto de los cuales debe esforzarse por prevalecer: «*to use an essentially contested concept means to use it both aggressively and defensively*»⁴⁴. Si el derecho es un concepto interpretativo —y a mí me parece difícil negarlo— es necesario resignarse a admitir que también la ciencia jurídica es (en el sentido de que no puede sino ser) interpretativa.

Como hemos visto (*vid.* el apdo. 4), la ciencia jurídica se ocupa del derecho desde diversas perspectivas y diversas «distancias». En primer lugar, la teoría y la filosofía del derecho⁴⁵ están llamadas a responder a la pregunta «¿Qué es el derecho?». Como señala agudamente HART, las respuestas a esta preguntan han sido múltiples y muy distintas entre ellas (*vid.* el apdo. 3). Éste es el indicio principal para respaldar la naturaleza interpretativa o esencialmente contestable del concepto de derecho. El concepto de derecho se refiere a una práctica social dotada de valor. En este sentido, es difícil negar que exista una conexión necesaria entre derecho y moral. Una conexión necesaria de este tipo ha sido reconocida por muchos autores y, hay que decir *de paso*, no incide en la contraposición entre iusnaturalismo y iuspositivismo. HART habla de «contenido mínimo del derecho natural» y, sobre todo, identifica un nexo inescindible entre derecho y justicia (que define «la virtud más jurídica»); Carlos NINO observa que el concepto de derecho tiene asociado un significado emotivo favorable, Robert ALEXY y Neil MACCORMICK señalan como una característica esencial del derecho sea la de adelantar una pretensión de corrección; RAZ construye su versión del positivismo jurídico a partir de su concepción de la autoridad y del supuesto de que el derecho no puede no avanzar la pretensión de ser una autoridad legítima y así se podría seguir.

Cada definición de derecho representa un intento —consciente o inconsciente— de ofrecer una reconstrucción de la praxis jurídica a la luz del valor que en esta subyace, valor que, genéricamente, podemos reconducir, siguiendo a DWORKIN, al principio de legalidad. Optar por una concepción del derecho en lugar de por otra, tienen sus consecuencias, pero también incide profundamente en la doctrina⁴⁶ que, a su vez, incidirá de forma directa en la praxis jurídica.

⁴³ Aunque GALLIE distinga siete características de los conceptos esencialmente contestables, en esta sede es posible omitir las últimas dos. *Vid.* en su caso GALLIE, 1956: 171-180.

⁴⁴ GALLIE, 1956: 172.

⁴⁵ Si se acepta la tesis que el derecho sea un concepto interpretativo o esencialmente contestable, es necesario renunciar a trazar límites netos entre la teoría y la filosofía del derecho. DWORKIN, 2010, en relación con las reflexiones sobre el derecho de este tipo utiliza la expresión *jurisprudential stage*.

⁴⁶ DWORKIN, 2010 usa la expresión *doctrinal stage*.

El funcionamiento de una ciencia jurídica interpretativa es entendido perfectamente por JORI⁴⁷. Sobre este punto, es posible destacar una cierta consonancia entre las tesis de DWORKIN y las de JORI⁴⁸. Las diferentes concepciones del derecho —que JORI denomina, con un inglesismo, «concepciones idiosincrásicas»— presuponen la existencia de un concepto de derecho de sentido común con sus contornos borrosos pero, no obstante eso, suficientemente precisos para permitir que se pueda distinguir el silbato del jefe de la estación que ordena la salida de los trenes de los gestos del loco que, después de que el jefe de la estación ha silbado, mueve los brazos y, también él, parece que ordene salir a los trenes⁴⁹. Afirma JORI: «Que aunque diferenciándose parcialmente del concepto de derecho del sentido común, las concepciones idiosincrásicas del derecho no violan [...] el consenso mínimo sobre qué es el derecho, la base necesaria para la existencia en la sociedad de la práctica colectiva e institucional del derecho, el presupuesto indispensable del discurso y de la práctica de los jueces, aquel instrumento común que permite que se entiendan los técnicos y los profanos cuando miran alrededor para ver qué es el derecho en una sociedad, por lo que todos se encuentran mirando más o menos en la misma dirección, en la dirección en la que después, en una sociedad normal, se encuentran los ordenamientos jurídicos históricos con sus reglas de autodeterminación»⁵⁰.

La posibilidad de distinguir con claridad a un jefe de estación de un loco es prueba de la existencia de una práctica jurídica compartida. El sentido común delimita, ante todo, el derecho vigente aquí y ahora y, a partir de *este* derecho, delimita las características del derecho en general, características que, en opinión de JORI, son la coercitividad (en primer lugar, la institucionalización y la normatividad. Incidentalmente, considero que JORI se equivoca al no introducir entre las características del derecho de sentido común la representación del derecho como una práctica social que adelante la pretensión de emanar normas justas y, por tanto, considero que se equivoca cuando afirma que «la justicia [está] presente en el pensamiento común más bien como *carácter negativo* del derecho, es decir como un elemento que el sentido común considera que *desgraciadamente* a menudo falta en el derecho sin que este cese por ello de ser tal, según el sentido común»⁵¹.

En cualquier caso, el concepto derecho de sentido común dicta las coordenadas dentro de las cuales la ciencia jurídica tiene libertad de movimiento. JORI expresa esta idea a través de una metáfora convincente: «el jurista sabe moverse perfectamente

⁴⁷ Me refiere en particular a JORI, 2010.

⁴⁸ Es con un cierto sadismo que destaco esta asonancia, conociendo bien la aversión de Mario JORI por DWORKIN. Debo decir de todas formas que se trata de una asonancia de la que JORI no es consciente. *Vid.* JORI, 2010: 131, n. 169.

⁴⁹ *Vid.* la reconstrucción crítica de las tesis de JORI propuesta por COMANDUCCI, 2012. Una interesante discusión crítica de JORI, 2010 se encuentra en *Diritto & questioni pubbliche*, 11, 2011, con artículos de DICIOTTI, FUSELLI, RUIZ MANERO, VILLA.

⁵⁰ JORI, 2010: 84.

⁵¹ *Ibid.*: 31-32, cursiva en el original. Una objeción parecida la adelantó DICIOTTI, 2011: 965-972. Es precisamente el hecho de que el derecho avance necesariamente una pretensión de corrección lo que frustra los intentos de encontrar una vía intermedia entre las teorías del derecho descriptivas y las teorías del derecho valorativas. El intento más tozudo —en el que no profundizaré— de proponer una *vía media* es probablemente es de Julie DICKSON. *Vid.* DICKSON, 2001 y DICKSON, 2004: 117-156. Para una reconstrucción crítica de la propuesta de DICKSON, *vid.* BURAZIN, 2012: 182-210.

dentro de su manzana, de *su* derecho; pero no sabe llegar; para ejercitar su conocimiento debe estar ya allí⁵². Forzando una conocida metáfora de DWORKIN, se podría representar el derecho de sentido común como el tronco de un árbol mientras que las concepciones idiosincráticas serían las ramas de este árbol⁵³.

La conexión entre conocimiento de sentido común y conocimiento científico, bien puesto en evidencia por JORI, marca una importante diferencia entre la ciencia jurídica y las ciencias naturales (*vid.* el apdo. 3); además, permite comprender cuáles sean los vínculos de la ciencia jurídica. Si es verdad, por una parte, que la ciencia jurídica es interpretativa, en el sentido que propone reconstrucciones alternativas y en conflicto del derecho, por otra el sentido común permite distinguir entre determinaciones admisibles y determinaciones inadmisibles del derecho⁵⁴. Obviamente, y lo repito (*vid.* el apdo. 3), mantener esto no impone prohibir reconstrucciones del derecho de «segundo nivel», basadas en la sospecha de que aquello que parece no es. Bien se puede mantener que el gusano, más que en una manzana, se encuentra dentro de una trampa para matar a los gusanos. Sin embargo, si tales reconstrucciones vienen aceptadas *in toto* y no sólo como un estímulo para mantener una actitud crítica y circunspecta frente al derecho el único resultado posible es la disolución del derecho todavía antes que la ciencia jurídica. En *El Show de Truman*, cuando Truman Burbank es consciente de que es el protagonista de un espectáculo televisivo no puede hacer otra cosa que abrir la puerta del plató cinematográfico, inclinarse para recibir sarcásticamente los aplausos del director y de todo el público, y salir de la escena.

La relación entre el conocimiento de sentido común y el conocimiento científico es compleja. El sentido común pone límites a la ciencia jurídica, también, a largo plazo, la ciencia jurídica modifica el sentido común del derecho y esto produce cambios en la práctica jurídica y, de ahí, también en la ciencia jurídica y así sucesivamente. Empleando la metáfora del gusano y la manzana, se podría decir que la «manzana» dentro de la cual se mueve el jurista como un gusano no es siempre la misma y que, si la situación es propicia, el gusano puede hacer algo para pasar de una manzana a

⁵² JORI, 2010: 53, la cursiva está en el texto original. *Vid.* ANDRONICO, 2012: 16-17. Una tesis parecida se defiende también en DICIOTTI, 2007: 38: «[...] el derecho parece funcionar como especie de ideología de la cual depende la unidad del grupo, una ideología que tolera en cierta medida las divergencias que pueden surgir localmente sobre cuestiones concretas, pero no un desacuerdo sobre las palabras de orden fundamentales. El consenso sobre las palabras de orden fundamentales es de hecho una condición para la existencia de la propia ideología y, por tanto, también del grupo. El hecho de que el consenso sobre estas palabras —o, fuera de la metáfora, sobre los principios relativos a la validez y a la interpretación— sea un consenso sobre las palabras, al cual podría no corresponder un consenso sobre el significado preciso de estas palabras —fuera de la metáfora, un consenso sobre el contenido preciso de una regla de reconocimiento que indica los criterios para la identificación de las normas jurídicas válidas—, no es relevante, por qué los disensos latentes sobre el significado de estas palabras se manifiestan únicamente como disensos locales sobre cuestiones de concreta aplicación de la ideología. Así la ideología cumple su propia función, que es aquella de satisfacer las necesidades de reconocimiento y de cooperación: reconocerse en las mismas palabras de orden, discutir sobre la base de «los mismos» paradigmas y en el mismo lenguaje, trabajar en un proyecto «común». De esta forma la ideología absorbe las diferencias y los conflictos sociales, puesto que cada conflicto determinado por intereses individuales contrapuestos, cuando su expresión se confía al lenguaje de la ideología, se presenta como un contraste sobre el diverso modo de interpretar o aplicar localmente las palabras de orden compartidas.

⁵³ DWORKIN, 1988: 60-61.

⁵⁴ Utilizo aquí el léxico introducido por JORI, que utiliza la expresión «individuación del derecho» en relación con el concepto de derecho de sentido común y «determinaciones del derecho» en relación con las concepciones idiosincráticas de la ciencia jurídica.

otra⁵⁵. La idea de derecho de sentido común de la época de la codificación es muy distinta de la idea de derecho de sentido común de la época de la constitucionalización. Al producirse este cambio un papel que no se puede dejar de lado se atribuye a la ciencia jurídica.

Esta reconstrucción de la relación articulada entre derecho, sentido común y ciencia jurídica nos permite dar un paso adelante respecto al apartado 3. No sólo una ciencia jurídica «pura» no es oportuna, en cuanto condenada a la irrelevancia, sino que es también imposible: «el método jurídico no se puede fundar sobre elecciones del todo científicas y puramente cognitivas [...]; por el contrario la descripción del derecho jurisprudencial resulta dirigida a la práctica e invariablemente determinada por elecciones de valores fuertes, es decir políticos. La neutralidad puede más bien ser perseguida en la forma de la intersubjetividad, haciéndose evidentes las elecciones de valores presupuestas, permitiendo a los interlocutores verlas y discutirlos»⁵⁶.

Algunos ejemplos concretos pueden contribuir a corroborar esta conclusión.

GUASTINI sostiene que «la ciencia jurídica, propiamente entendida, es [...] una descripción a-valorativa del derecho: del derecho así como es»⁵⁷. ¿Qué significa *describir* el derecho? Esta pregunta, reconoce GUASTINI, admite distintas respuestas según la concepción del derecho que adoptemos: si preferimos una concepción normativista, entonces la ciencia jurídica describirá normas; si por el contrario, optamos por el *corte* iusrealista el objeto de la ciencia jurídica serán las decisiones jurisdiccionales. ¿Una ciencia jurídica que selecciona el propio objeto de estudio puede ser considerada como descriptiva y a-valorativa? A mí me parece que no⁵⁸. Y la respuesta es negativa siempre que se admita que exista una cierta superposición entre el normativismo y el realismo moderado y que el iusrealismo extremo sea una perspectiva insostenible (aunque sí, de hecho, ha tenido, y tiene, muchos autores que la apoyan también entre los juristas de prestigio).

Otro ejemplo se refiere a las «lagunas imaginarias» y a las «normas apócrifas» (también a la presunta homosexualidad de Oliver Twist). Dice siempre GUASTINI que el enunciado «Oliver Twist es homosexual» no es ni verdadero ni falso (como mucho, sin duda falso) porque Charles DICKENS no escribió nada (explícito) al respecto en su novela. Del mismo modo, el art. 87, apartado 5 de la Constitución. Que dispone: «[el Presidente de la República] promulga los decretos que tienen valor de ley» ha sido (y es) objeto de disputas «interpretativas» relativas a la determinación de los límites del Presidente de la República para dictar decretos. De hecho, «enunciados del tipo “el Presidente de la República no puede rechazar la promulgación de decretos ley sino en circunstancias determinadas” (*circostanze così e così*)»⁵⁹ no son ni verdaderas

⁵⁵ La incidencia de la ciencia jurídica sobre el sentido común se ha reconocido, pero, en mi opinión, no se ha profundizado adecuadamente por JORI. *Vid.* JORI, 2010: 110.

⁵⁶ JORI, 2010: 134. Es la elección ética de comprometerse a explicitar lo máximo posible las propias elecciones de valor lo que determina un salto profundo entre JORI (y SCARPELLI) por un lado y DWORKIN por el otro. En el debate anglosajón, una perspectiva de este tipo la defiende, entre otros, MACCORMICK, 1985: 1-41 y MURPHY, 2001: 371-409.

⁵⁷ GUASTINI, 2011: 442.

⁵⁸ A mí me parece, además, que las valoraciones requeridas al estudioso del derecho presenten inevitablemente implicaciones políticas y, en sentido lato, morales. *Contra*, DICKSON, *supra* n. 50.

⁵⁹ GUASTINI, 2011: 448-449.

ni falsas (al máximo, sin duda falsas) o en cuanto enunciados interpretativos deben convertirse en formulaciones de una norma apócrifa. A pesar de no querer entrar en la cuestión, también en estos casos se presuponen toda una serie de opciones metainterpretativas, que tienen además evidentes implicaciones ideológicas y, en el caso del derecho, políticas en sentido estricto⁶⁰. Además, si se quisiera seguir hasta el fondo este planteamiento, es necesario admitir que sí, por ejemplo, una norma prohíbe dormir en las estaciones de tren, entonces el juez que absuelve al distinguido señor que se había dormido, sentado, esperando la llegada de su tren, está ignorando el derecho vigente; en cambio, si otro juez condena al vagabundo que se había acostado con un almohadón bajo la cabeza en un banco de la estación pero que todavía estaba despierto en el momento de la detención, este juez está usando como premisa mayor de su decisión una norma apócrifa⁶¹. Y esta no parece ser en absoluto una reconstrucción satisfactoria de la situación.

Pierluigi CHIASSONI, finalmente, a propósito de la contraposición entre el normativismo (*a la* HART) y el interpretacionismo (*a la* DWORKIN) observa: «la elección entre una u otra forma de verlo [...] sólo podrá depender, en conclusión, de la aceptación del fondo teórico de una u otra opción y de factores extrateóricos»⁶². Esta observación puede interpretarse como un anuncio (¿involuntario?) a favor una ciencia jurídica interpretativa o, en otros términos, como el reconocimiento de que, a nivel metateórico, DWORKIN tiene razón y los que apoyan una ciencia jurídica a valorativa y descriptiva (entre los cuales, también HART) se han equivocado.

7. DOS MODELOS DE CIENCIA JURÍDICA

Establecido que la ciencia jurídica únicamente puede ser interpretativa, es oportuno preguntarse cuáles son las características ulteriores de la ciencia jurídica de hoy y, quizás, del futuro inmediato. A este respecto, me contento con retomar algunas reflexiones de BOBBIO sobre la ciencia jurídica que me parecen de largo alcance, aunque con frecuencia dejadas de lado (y con razón) cuando se reconstruye la concepción bobbiana de la ciencia jurídica⁶³.

BOBBIO distingue entre dos modelos ideales y típicos de jurista.

El primer modelo representa al jurista como el «guardián» y el depositario de un cuerpo de reglas ya dadas. Según este primer modelo, añade BOBBIO, la actividad principal del jurista es aquella interpretativa. Hay que precisar que, para este modelo la actividad interpretativa prevé (o debe prever) un limitado o si es posible un nulo ejercicio de discrecionalidad por parte del intérprete. Este modelo, sea dicho *de paso*, está también detrás de la distinción neta entre derecho como lenguaje-objeto y la ciencia jurídica como metalenguaje. No hay que cometer el error de considerar este modelo como alternativo respecto a una ciencia jurídica interpretativa de la forma en la que se la ha caracterizado en el apartado anterior. La imagen del jurista guardián es el resulta-

⁶⁰ Para una profundización, *Vid.* VILLA, 2012: 43-73. *Vid.* también BARBERIS, 2001: 32-33.

⁶¹ El ejemplo se encuentra en FULLER, 2005: 161-168. *Vid.* también PINO, 2013: 81-88.

⁶² CHIASSONI, 2013: 78.

⁶³ *Vid.* BOBBIO, 2007: 34-47.

do de elecciones ideológicas y políticas relativas, en general, a la forma de entender el principio de legalidad, la relación entre poderes, la autoridad del Estado, etc. Se trata, en buen derecho, de una concepción interpretativa de la ciencia jurídica que considera a esta última como subordinada al poder político. Significativas a este respecto son las palabras de Charles DEMOLEME: «Mi lema, mi profesión de fe es además: *¡los textos por encima de todo!* Yo publico un Curso del *Código de Napoleón*: mi objetivo es por tanto interpretar, explicar el propio Código de Napoleón, considerado como una ley vigente, como una ley aplicable y obligatoria, y mi preferencia por el método dogmático no me impedirá emplear como base los propios artículos de la ley»⁶⁴.

El segundo modelo representa al jurista como «creador» del derecho: según este modelo, el jurista es con pleno título un participante en la praxis jurídica y contribuye a modificar, integrar y transformar el sistema jurídico de referencia. BOBBIO sostiene que la principal actividad del jurista según este modelo sería la investigación, la creación del derecho. Yo diría en su lugar que también en el caso en el que el jurista se represente (o venga representado) como creador del derecho, la actividad que lo caracteriza es siempre interpretativa. Aquello que cambia respecto al primer modelo es el comportamiento del jurista respecto a la interpretación. En el primer caso, el jurista adopta un comportamiento de *autolimitación* (*self-restraint*), mientras que en el segundo expande al máximo su propia discrecionalidad a través del recurso a los principios, las normas programáticas y a la interpretación constitucional orientada⁶⁵.

Diversas son las variables que inciden a la hora de determinar la superioridad de un modelo sobre otro.

La primera variable está ligada al tipo de sistema jurídico en el que el jurista opera («variable institucional»). Un sistema jurídico puede ser cerrado o abierto. Será cerrado si está compuesto por un cuerpo sistemático de reglas que tienden a la plenitud, expresadas en un lenguaje determinado; será por el contrario abierto si las reglas son «fluidas»; es decir, indeterminadas y en continua transformación, y si «al jurista se le atribuye la función de colaborar junto con el legislador y con el juez en la tarea de creación del nuevo derecho»⁶⁶.

La segunda variable depende de la situación social general («variable social»). Una sociedad puede ser estable o en transformación en función de la menor o mayor influencia de los factores de cambio sobre los modelos culturales existentes.

La última variable depende de la (o de las) concepción(es) del derecho predominante(s) entre los juristas y de la forma en la que se «calibra» la relación entre el derecho y la sociedad («variable cultural»). El derecho puede ser visto como un sistema autónomo y ampliamente autorreferencial o bien como un subsistema de un sistema global o como una superestructura de la estructura social y económica en particular. Es conveniente añadir que, en el caso en el que el derecho se considere como un subsistema del sistema social, resulta interesante profundizar en el papel del derecho dentro de la sociedad. Es interesante entender, en otras palabras, si el derecho se coloca en el centro o en los márgenes del sistema social.

⁶⁴ Tomo esta cita de BOBBIO, 1996: 83, la cursiva está en el original.

⁶⁵ Vid. GUASTINI, 2011b: 195-223.

⁶⁶ BOBBIO, 2007: 36.

Bien, una vez visto que es difícil negar que el derecho en los países constitucionales sea un sistema abierto (diría «abierto de par en par»), que la sociedad (al menos la occidental), también como consecuencia de la globalización, esté en continua transformación y se caracteriza por el pluralismo y el multiculturalismo, que el derecho se entienda con mayor frecuencia como un reflejo y una variable dependiente de la sociedad⁶⁷, es evidente que el modelo de ciencia jurídica «ganador», aquí y ahora, es aquel que BOBBIO denomina creativo: «en esta perspectiva la actividad principal del jurista ya no es la interpretación del derecho ya creado sino la búsqueda de un derecho por hacer, *in fieri*, no tanto la *convalidación* según un análisis de las fuentes formales del derecho que es, cuanto la *legitimación*, en función de los principios materiales de justicia, del derecho que debe ser»⁶⁸.

La predominancia del «jurista-creador» sobre el «jurista-guardián» contribuye a explicar, en un plano fáctico, la crisis de un modelo —como es el propuesto por la ortodoxia iusanalítica— de ciencia jurídica que tiende a la descripción y a la a-valoratividad y que pretende, aunque sin conseguirlo nunca del todo, mirar al derecho desde fuera. Adquirir la consciencia de que las reglas del juego han cambiado es un paso imprescindible tanto para quien quiera participar en el nuevo juego como para quien decida confirmar su fidelidad a las viejas reglas y/o combatir para que vuelvan a estar en vigor. Cualquiera que sea la opción a la que se tienda, se trata siempre de una práctica interpretativa en la que hay que comprometerse.

(Traducción de Lucía Aparicio Chofré)

BIBLIOGRAFÍA

- ANDRONICO, A., 2012: *Viaggio al termine del diritto. Saggio sulla governance*, Torino: Giappichelli.
- ATIENZA, M., 2012: «Una teoria pragmatica del diritto», *Rivista di filosofia del diritto*, 1, 123-134.
- BARBERIS, M., 2001: «Lo scetticismo immaginario. Nove obiezioni agli scettici à la génoise», en P. COMANDUCCI y R. GUASTINI (a cura di), *Analisi e diritto 2000. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino: Giappichelli, 1-36.
- BOBBIO, N., 1996: *Il positivismo giuridico* (1.ª ed. 1961), Torino: Giappichelli.
- 1997: *Autobiografia*, Roma-Bari: Laterza.
- 2007: *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto* (1.ª ed. 1977), Roma-Bari: Laterza.
- 2011: *Saggi sulla scienza giuridica*, Torino: Giappichelli.
- BURAZIN, L., 2012: «Indirectly and Directly Evaluative Legal Theory: a Reply to Julie Dickson», *Diritto & questioni pubbliche*, 12, 182-210.
- CHIASSONI, P., 2005: «Concezioni analitiche originarie della meta giurisprudenza. Una rilettura apologetica», *Notizie di Politeia*, año XXI, núm. 80, 63-101.

⁶⁷ No sólo: hay que añadir que el derecho y la actividad de los juristas son vistas con sospecha en cuanto son consideradas entre los principales factores que frenan el crecimiento económico. En la literatura económica contemporánea, los escritos de economistas que se preocupan por *demostrar* que las sociedades que crecen menos son aquéllas en las que existen muchos juristas y pocos ingenieros representan hoy en día un verdadero y propio género literario. *Vid.* para todos MURPHY, SHLEIFER y VISHNY, 1991: 503-530.

⁶⁸ BOBBIO, 2007: 37-38, la cursiva aparece en el original.

- 2013: «Positivismo giuridico», en G. PINO, A. SCHIAVELLO y V. VILLA (a cura di), *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, Torino: Giappichelli, 32-83.
- COMANDUCCI, P., 2004: «Problemi di compatibilità tra diritti fondamentali», en P. COMANDUCCI y R. GUASTINI (a cura di), *Analisi e diritto 2002-2003. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino: Giappichelli, 317-329.
- 2008: «Conoscere il diritto», *Materiali per una storia della cultura giuridica*, año XXXVIII, núm. 2, 419-428.
- 2012: «Diritto e senso comune», *Analisi e diritto*, 77-86.
- DICIOTTI, E., 2007: «Regola di riconoscimento e concezione retorica del diritto», *Diritto & questioni pubbliche*, 7, 9-42.
- 2011: «Sei osservazioni su *Del diritto inesistente*», *Diritto & questioni pubbliche*, 11, 957-981.
- DICKSON, J., 2001: *Evaluation and Legal Theory*, Oxford-Portland Oregon, Hart.
- 2004: «Methodology in Jurisprudence: a Critical Survey», *Legal Theory*, 10, 2004, 117-156.
- DWORKIN, R., 1989: *Law's Empire* (1988), traducción al castellano: *El imperio de la justicia*, Barcelona: Gedisa.
- 2010: *Justice in Robes* (2006), traducción al italiano: *La giustizia in toga*, Roma-Bari: Laterza.
- 2013: *Justice for Hedgehogs* (2011), traducción al italiano: *Giustizia per i ricci*, Milano: Feltrinelli.
- FERRAJOLI, L., 2004a: «Diritti fondamentali e democrazia costituzionale», en P. COMANDUCCI y R. GUASTINI (a cura di), *Analisi e diritto 2002-2003. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino: Giappichelli, 331-350.
- 2004b: «La pragmatica della teoria del diritto», en P. COMANDUCCI y R. GUASTINI (a cura di), *Analisi e diritto 2002-2003. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino: Giappichelli, 351-375.
- FINNIS, J. M., 2000: *Natural Law and Natural Rights* (1992), traducción al castellano: *Ley natural y derechos naturales*, Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- FULLER, L. L., 2005: *Positivism and Fidelity to Law. A Reply to Professor Hart* (1958), traducción al italiano: *Il positivismo e la fedeltà al diritto. Una replica ad Hart*, en A. SCHIAVELLO y V. VELLUZZI (eds.), *Il positivismo giuridico contemporaneo. Una antologia*, Torino: Giappichelli, 136-170.
- FUSELLI, S., 2011: «Forme del giuridico. Materiali per una discussione di un recente volume di Mario Jori», *Diritto & questioni pubbliche*, 11, 983-1006.
- GADAMER, H. G., 1983: *Wahrheit und Methode* (1960), traducción al italiano: *Verità e metodo*, Milano: Bompiani.
- GALLIE, W. B., 1956: «Essentially Contested Concepts», *Proceedings of the Aristotelian Society*, vol. 56, 167-198.
- GUASTINI, R., 2004: «Rigidità costituzionale e normatività della scienza giuridica», en P. COMANDUCCI y R. GUASTINI (a cura di), *Analisi e diritto 2002-2003. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino: Giappichelli, 413-416.
- 2011a: «Bobbio sulla scienza giuridica. Introduzione alla lettura», en N. BOBBIO, *Saggi sulla scienza giuridica*, Torino: Giappichelli.
- 2011b: *La sintassi del diritto*, Torino: Giappichelli.
- 2011c: *Interpretare e argomentare*, Milano: Giuffrè.
- GUEST, S., 1992: *Ronald Dworkin*, Edinburgh: Edinburgh University Press.
- HART, H. L. A., 1992²: *The Concept of Law* (1961; 1994²), traducción al castellano: *El concepto de derecho*, Buenos Aires: Abeledo Perrot.

- IACONO, A. M., 2003: «La giustizia di Trasimaco e i filosofi del sospetto», *Ragion Pratica*, 20, 167-185.
- JORI, M., 1985: «Scienza giuridica e scienze naturali», *Materiali per una storia della cultura giuridica*, año XV, núm. 2, 423-439.
- 1997: «Uberto Scarpelli e il giuspositivismo», en U. SCARPELLI, *Cos'è il positivismo giuridico* (1ª ed. 1965), Napoli: Esi.
- 2004: «Pragmatica, scienza giuridica e diritti», en P. COMANDUCCI y R. GUASTINI (a cura di), *Analisi e diritto 2002-2003. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino: Giappichelli, 377-411.
- 2010: *Del diritto inesistente. Saggio di metagiurisprudenza descrittiva*, Pisa: Ets.
- KAFKA, F., 1979: *Zur Frage der Gesetze* (1920), traducción al italiano: *La questione delle leggi*, en *id.*, *Tutti i racconti*, Milano: Mondadori, 403-405.
- KIRCHMANN VON, J. H., 1964: *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft* (1948), traducción al italiano: *La mancanza di valore della giurisprudenza come scienza*, en J. H. KIRCHMANN y E. WOLF, *Il valore scientifico della giurisprudenza*, Milano: Giuffrè.
- KRESS, K., 1987: «The Interpretive Turn», *Ethics*, 97, 834-860.
- MACCORMICK, N., 1985: «A Moralistic Case for A-Moralistic Law», *Valparaiso University Law Review*, 20, 1-41.
- 2001: *Legal Reasoning and Legal Theory* (1978; 1994²), traducción al italiano: *Ragionamento giuridico e teoria del diritto*, Torino: Giappichelli.
- MELVILLE, H., 1992: *Moby Dick or the Whale* (1851), Wordsworth Classics, Ware.
- MORESO, J. J., y VILLAJOSANA, J. M., 2004: *Introducción a la teoría del derecho*, Barcelona-Madrid: Marcial Pons.
- MURPHY, K. M.; SHLEIFER, A., y VISHNY, R. W., 1991: «The Allocation of Talent: Implication for Growth», *Quarterly Journal of Economics*, 106, 503-530.
- MURPHY, L., 2001: «The Political Question of the Concept of Law», en J. COLEMAN (ed.), *Hart's Postscript. Essays on the Postscript to The Concept of Law*, Oxford, University Press, 371-409.
- PATTARO, E., 1976: «Il positivismo giuridico italiano dalla rinascita alla crisi» (ed. or. 1972), en U. SCARPELLI (a cura di), *Diritto e analisi del linguaggio*, Milano: Edizioni di Comunità, 451-487.
- PINO, G., 2013: «Interpretazione cognitiva, interpretazione decisoria, interpretazione creativa», *Rivista di filosofia del diritto*, 1, 77-101.
- PINTORE, A., 1994: «Sulla filosofia giuridica italiana di indirizzo analitico», en M. JORI (a cura di), *Ermeneutica e filosofia analitica. Due concezioni del diritto a confronto*, Torino: Giappichelli, 243-264.
- PLATONE (1998), *La Repubblica*, vol. I, Napoli: Bibliopolis.
- POGGI, F., 2008: «La questione delle leggi. Brevi osservazioni a margine di un racconto di Franz Kafka», en P. COMANDUCCI y R. GUASTINI (a cura di), *Analisi e diritto 2007. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino: Giappichelli, 57-65.
- PUTNAM, H., 1987: *Mind, Language and Reality. Philosophical Papers, Volume 2* (1975), traducción al italiano: *Mente, linguaggio e realtà*, Milano: Adelphi.
- QUINE, W. V. O., 1969: *Two Dogmas of Empiricism* (1951), traducción al italiano, *Due dogmi dell'empirismo*, en A. PASQUINELLI (a cura di), *Il neoempirismo*, Torino: Utet, 861-890.
- RAZ, J., 2001: «Two Views of the Nature of the Theory of Law: a Partial Comparison», en J. COLEMAN (ed.), *Hart's Postscript. Essays on the Postscript to The Concept of Law*, Oxford: University Press, 1-37.

- 2005a: *Authority, Law and Morality* (1994), traducción al italiano: *Autorità, diritto e morale*, en A. SCHIAVELLO y V. VELLUZZI (a cura di), *Il positivismo giuridico contemporaneo. Una antologia*, Torino: Giappichelli, 286-315.
- 2005b: «Can there be a Theory of Law?», en M. P. GOLDING y W. A. EDMUNDSON (ed.), *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, Oxford: Blackwell, 324-342.
- RORTY, R., 1986: *Philosophy and the Mirror of Nature* (1979), traducción al italiano: *La filosofia e lo specchio della natura*, Milano: Bompiani.
- RUIZ MANERO, J., 2011: «Aclarar lo que, una vez aclarado, resulta obvio. Sobre *Del diritto inesistente*, de Mario Jori», *Diritto & questioni pubbliche*, 11, 1007-1024.
- SAMUEL, G., 2003: *Epistemology and Method in Law*, Aldershot: Ashgate.
- SCHIAVELLO, A., 1998: «Internal point of view: Dworkin a confronto con Hart», en P. COMAN-
DUCCI y R. GUASTINI (a cura di), *Analisi e diritto 1997. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino: Giappichelli, 177-197.
- 2002: «Accettazione del diritto e positivismo giuridico», en P. COMAN-
DUCCI y R. GUASTINI (a cura di), *Analisi e diritto 2001. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino: Giappichelli, 295-319.
- 2004: «La lungimirante “eterodossia” del positivismo giuridico di Scarpelli», *Notizie di Politeia*, año XX, núm. 73, 77-89.
- SEARLE, J. R., 1996: *The Construction of Social Reality* (1995), traducción al italiano: *La costruzione della realtà sociale*, Milano: Edizioni di Comunità.
- STAVROPOULOS, N., 2001: «Hart's Semantics», en J. COLEMAN (ed.), *Hart's Postscript. Essays on the Postscript to The Concept of Law*, Oxford: University Press, 59-97.
- 2003: «Interpretivist Theories of Law», en E. N. ZALTA (ed.), *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, <http://plato.stanford.edu/entries/law-interpretivist/>.
- TARELLO, G., 1974: *Diritto, enunciati, usi*, Bologna: Il Mulino.
- TROPER, M., 2003: *La philosophie du droit* (2003), traducción al italiano, *Cos'è la filosofia del diritto*, Milano, Giuffrè.
- TUZET, G., 2005: «La conoscenza giuridica», *Notizie di Politeia*, año XXI, núm. 80, 42-62.
- VILLA, V., 1984: *Teorie della scienza giuridica e teorie delle scienze naturali. Modelli ed analogie*, Milano: Giuffrè.
- 1993: *Conoscenza giuridica e concetto di diritto positivo. Lezioni di filosofia del diritto*, Torino: Giappichelli.
- 1999: *Costruttivismo e teorie del diritto*, Torino: Giappichelli.
- 2004: *Il positivismo giuridico: metodi, teorie e giudizi di valore. Lezioni di filosofia del diritto*, Torino: Giappichelli.
- 2011: «Credenze di sfondo, senso comune ed esistenza del diritto. A proposito di un recente libro di Mario Jori», *Diritto & questioni pubbliche*, 11, 1025-1045.
- 2012: *Una teoria pragmaticamente orientata dell'interpretazione giuridica*, Torino: Giappichelli.
- 2013: «Il problema della scienza giuridica», en G. PINO, A. SCHIAVELLO y V. VILLA (a cura di), *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, Torino: Giappichelli, 374-398.
- VIOLA, F., y ZACCARIA, G., 1999: *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari: Laterza.
- WILLIAMS, B., 1988: *Wittgenstein and idealism* (1974), traducción al italiano: *Wittgenstein e l'idealismo*, en M. ANDRONICO, D. MARCONI y C. PENCO (a cura di), *Capire Wittgenstein*, Genoa: Marietti, 279-296.

ZACCARIA, G., 2012: *La comprensione del diritto*, Roma-Bari: Laterza.

ZAGREBELSKY, G., 1995: *Il diritto mite* (1992), Torino: Einaudi, traducción al castellano: *El derecho dúctil*, Madrid, Trotta.

— 2003: «Ronald Dworkin's principle based constitutionalism: An Italian point of view», *International Journal of Constitutional Law*, vol. 1, núm. 4, 621-650.

EL INCORPORACIONISMO ENTRE LA ESPADA DEL REALISMO MORAL Y LA PARED DEL POSITIVISMO EXCLUYENTE*

Pablo Ariel Rapetti

Universidad de Girona

RESUMEN. De acuerdo con Juan Carlos BAYÓN, el positivismo jurídico incluyente es inconsistente, por cuanto sus presupuestos alegadamente convencionalistas serían incompatibles con las consecuencias de la incorporación de principios morales como criterios de validez jurídica que esta corriente teórica asume como posibles. Concretamente, el positivismo incluyente enfrentaría un dilema: si sostiene que el derecho remite al juez a la moral positiva para la identificación de contenidos normativos, colapsa con la versión excluyente; si en cambio sostiene que el derecho remite al razonamiento moral sustantivo, se ve obligado a abandonar sus presupuestos convencionalistas, en favor del realismo moral. En este trabajo analizaré esta crítica de BAYÓN, e intentaré proponer un argumento con el cual afrontar dicho cuestionamiento.

Palabras clave: Positivismo jurídico incluyente, convencionalismo, razonamiento moral, objetivismo moral, criterios de validez jurídica.

Inclusivism: between the rock of moral realism and the hard place of exclusive positivism

ABSTRACT. According to Juan Carlos BAYÓN, inclusive legal positivism is inconsistent, insofar as its allegedly conventionalist assumptions seem to be incompatible with the consequences of the incorporation of moral principles as criteria of legal validity that this theory acknowledges as possible. In particular, inclusive positivism would face a dilemma: if it holds that the law directs the judge to recourse to positive morality in order to identify the legal contents, it collapses into the exclusive version of positivism; if, on the other hand, it holds that the law appeals to substantive moral reasoning, it becomes obliged to withdraw its conventionalist assumptions, in favor of moral realism. In this paper I will analyze BAYÓN'S critique and try to offer an argument to counter that objection.

Keywords: Inclusive legal positivism, conventionalism, moral reasoning, moral objectivity, criteria of legal validity.

* Fecha de recepción: 21 de abril de 2014. Fecha de aceptación: 16 de junio de 2014.

El grueso de este trabajo fue escrito hace ya algunos años en el marco de una investigación más amplia financiada por la Universidad Nacional del Sur (Argentina) y supervisada por Pablo E. NAVARRO. Además de a Pablo y a mi universidad, agradezco especialmente a Macario ALEMANY, Amalia AMAYA, Manuel ATIENZA, Andrés BOUZAT, Diego DEI VECCHI, Ricardo GUASTINI, José Juan MORESO, Ángeles RÓDENAS y a dos evaluadores anónimos, por sus valiosos comentarios respecto de versiones previas. Contacto: pablo.rapetti@udg.edu.

1. INTRODUCCIÓN. BAYÓN Y UN DILEMA

En su trabajo *Derecho, convencionalismo y controversia*¹, Juan Carlos BAYÓN desarrolla una interesante exposición de las tesis que, dentro del marco del llamado positivismo jurídico *incluyente*, se han ido elaborando a fin de desarrollar la tesis más básica de que, de manera contingente, la existencia y el contenido del derecho pueden ser identificados recurriendo a la moral, en la medida en que convencionalmente se establezca dicho recurso.

De esta manera, según el positivismo jurídico incluyente, la regla de reconocimiento de un sistema jurídico podría contemplar al razonamiento moral como criterio para distinguir las normas de una comunidad que son jurídicas, de otros tipos de normas. Esta tesis es la que se denomina comúnmente «tesis social débil», por oposición a la «fuerte», según la cual la existencia y el contenido de *toda* disposición jurídica se determina *necesariamente* a través de la verificación de ciertos hechos sociales, sin tener que recurrir *nunca* a la deliberación moral².

Partiendo de la base de que la tesis social (en cualquiera de sus formas) sólo puede ser suscrita desde una perspectiva ontológica sobre el derecho que sea de tipo convencionalista —por oposición a enfoques realistas o escépticos— BAYÓN hace algunas distinciones en torno a las posibilidades expositivas del positivismo jurídico incluyente o incorporacionismo³. Así, una regla de reconocimiento incorporacionista podría adoptar las siguientes formas:

1. Regla de reconocimiento entendida *globalmente* como apelación a la corrección moral (Regla de reconocimiento simple).

Esta forma es la más simple y menos plausible: un sistema con una regla de reconocimiento que dice que se ha de hacer lo que es moralmente correcto. Una regla de este tipo en verdad no agregaría nada a la situación prejurídica referida por HART, para salir de la cual es justamente introducida la regla de reconocimiento⁴. El sistema jurídico en este caso sería —dice BAYÓN⁵— «un sistema estático, no dinámico, y carecería en realidad de los rasgos mínimos que nos permitirían hablar de un sistema jurídico en sentido estricto».

2. Regla de reconocimiento que combina criterios de pertenencia al sistema: el del contenido y el de la fuente (Regla compleja). En este punto, se abren variantes:

2.a. Corrección moral como *condición suficiente* de validez.

¹ BAYÓN, 2002: 57 y ss.

² En palabras de Joseph RAZ, el más importante defensor de la versión *excluyente* del positivismo jurídico: «La diferencia entre la tesis social débil y la fuerte es que ésta insiste, mientras que la primera no, en que la existencia y contenido de toda disposición jurídica es totalmente determinada por fuentes sociales [...] La tesis débil, aunque verdadera, es insuficiente para caracterizar el positivismo jurídico [...] Denominaré a la tesis social fuerte: “la tesis de las fuentes” [...] Una disposición jurídica tiene una fuente si su contenido y existencia puede ser determinado sin usar argumentos morales...» RAZ, 1985: 66-67.

³ En ocasiones se distingue entre incorporacionismo y positivismo jurídico incluyente (o inclusivo). *Vid.*, e.g., KRAMER, 2002: 2 y ss., que usa como criterio de distinción lo que aquí se verá *infra*, punto 2 de esta misma sección. No obstante, yo utilizaré estos términos como sinónimos, para evitar repeticiones narrativamente inconvenientes.

⁴ HART, 1963: 113 y ss. (esp. 117).

⁵ BAYÓN, 2002: 71.

Se trataría de que una norma —en la medida en que no contradiga a otra que pertenece al derecho en función de su fuente— sea también considerada perteneciente en virtud de su corrección moral. En este sentido, la regla de reconocimiento establece que la corrección moral es condición suficiente de validez jurídica⁶, pero *subsidiariamente*. Puede notarse que el caso anterior de una regla de reconocimiento simple que establece que es derecho lo moralmente correcto, es en verdad el supuesto por antonomasia de una que ponga a la moral como condición suficiente de validez, porque se trataría de una forma no subsidiaria.

2.b. Corrección moral como *condición necesaria* de validez.

Éste es el supuesto en que se predica la validez de una norma no sólo en razón de la fuente de la que emane, sino también de su conformidad de contenido con el de principios morales.

En este caso, vuelve a darse una bifurcación de alternativas:

2.b i) La corrección moral es en todos los casos condición necesaria de validez, pero en algunos es asimismo condición suficiente. Aquí sucede —según BAYÓN— que se atiende a la correspondencia con el contenido de *todos* los principios morales correctos, con lo cual todos esos principios son derecho, en el sentido de que todos son parte de un criterio de identificación del derecho propio de la regla de reconocimiento.

2.b ii) La corrección moral es condición necesaria de validez pero nunca es condición suficiente. Aquí se atiende a la correspondencia de contenido con ciertos principios, determinados a su vez como parte de los criterios de identificación por otro criterio de identificación que atiende a las fuentes. Es decir, el contenido debe ajustarse al propio de principios que son parte del derecho por causa de su fuente⁷.

En este punto BAYÓN plantea un dilema en el que incurriría el incorporacionismo. Su primer cuerno es que si acepta que ciertas normas son jurídicas sólo en virtud de su corrección moral (de acuerdo a la moral crítica, objetiva), debe abandonarse la pretensión convencionalista; el segundo, que si sostiene que la identificación del derecho depende siempre de (la verificación de ciertas) convenciones sociales, exclusivamente, entonces colapsa con el positivismo jurídico excluyente. El incorporacionismo necesitaría de una convención compleja de recurrir a criterios no convencionales (convención de recurrir al razonamiento moral sustantivo) y la suscripción de algún tipo de objetivismo moral tal que no se haga la remisión a lo que la comunidad *crea* correcto, sino a lo que verdaderamente lo *sea* (de ahí que se trate de razonamiento moral sustantivo)⁸. Sin embargo, una presunta convención de seguir criterios no convencionales es para BAYÓN una convención sólo aparente, con lo cual el resultado de esta opción sería que deberían abandonarse las premisas convencionalistas. En definitiva, el positivismo

⁶ BAYÓN no hace uso de la distinción que hace COLEMAN entre «funciones de validación y de identificación de la regla de reconocimiento» y aun de «regla de reconocimiento como regla de validación» como distinta a una «regla de identificación». Por lo mismo, tampoco haré uso de estas distinciones aquí, aunque creo que constituyen un tema de sumo interés para el debate general en torno al positivismo jurídico incluyente y sus variantes. Al respecto, *vid.*, por caso, COLEMAN, 1998: 287-319.

⁷ El caso más común sería el de la mención de los principios en un texto constitucional. BAYÓN, 2002: 72.

⁸ La remisión a lo que la comunidad crea correcto sería inviable porque en definitiva conformaría un criterio social de identificación que conduciría a las tesis excluyentes.

jurídico incluyente resultaría insostenible dentro del marco del convencionalismo, so pena de disolverse en el positivismo excluyente⁹.

En el presente trabajo trataré de analizar en qué medida se encuentra el positivismo jurídico incluyente comprometido por este dilema e intentaré argumentar en favor de una posible resolución. Para ello, en la sección 2 me referiré brevemente a dos diversas formas de distinguir al convencionalismo en subtipos. Estas distinciones (la segunda de las cuales es ofrecida por el propio BAYÓN) servirán para mostrar que el riesgo de abandono del convencionalismo es dependiente del subtipo de éste que se asocie al positivismo jurídico incluyente. En la sección 3 expondré los lineamientos básicos de la teoría metaética de Carlos NINO, pues representa un tipo de teoría tal vez capaz de ser ligada al incorporacionismo de manera que éste no caiga en alguno de los cuernos del *dilema de Bayón*, quien —sugeriré también— propone asimismo una alternativa que es sustancialmente análoga a la de la asociación a esta teoría (con lo cual estaría también proponiendo una salida para el incorporacionismo del dilema en que primeramente lo colocó). En la sección 4 insinúo un argumento distinto, paralelo (pero no incompatible con el primero) para enfrentar el dilema en cuestión.

En la sección 5 discuto un argumento puntual en contra de la idea de que alguna forma de objetivismo moral es un verdadero compromiso conceptual para el positivismo jurídico incluyente, para así dar los primeros pasos hacia la tesis más general de que en efecto lo es. El punto es sólo un bosquejo, puesto que un desarrollo detallado excedería el marco de este trabajo, pero básicamente quiere decir que, de ser falso el objetivismo moral, el incorporacionismo pierde sustento teórico y resulta fagocitado por el positivismo jurídico excluyente.

2. LAS EXIGENCIAS SOBRE EL CONVENCIONALISMO

Creo que el planteamiento de este dilema entre el abandono de los presupuestos convencionalistas en favor del realismo moral o el colapso con la versión excluyente del positivismo jurídico es muestra de que BAYÓN quizá sea demasiado exigente en punto a lo que se requiere para hablar con sentido de «convencionalismo».

Siguiendo a Claudina ORUNESU¹⁰, quien toma la distinción de Ronald DWORKIN¹¹, puede distinguirse entre consensos «por convención» y «por convicción». En los primeros, se sigue una determinada pauta porque todos la han adoptado y esa aceptación general es la que lleva a hacer lo que la pauta dispone. En los segundos, en cambio, existe en un grupo social una práctica concurrente, pero los individuos adhieren a la regla por sus convicciones personales (cuando comparten los mismos principios morales, por ejemplo), y no porque los demás la sigan¹².

De esta manera, es dable decir que una regla puede ser convencional no necesariamente porque haya un acuerdo general sobre ella, sino simplemente porque, por las

⁹ BAYÓN, 2002: 75.

¹⁰ ORUNESU, 2007: 36-37.

¹¹ DWORKIN, 1978: 111; 1986: 135-136.

¹² ORUNESU, 2007: 37.

razones que fueren, está conformada la práctica concurrente de seguirla, aunque no se haya dado a su respecto una convención en sentido fuerte (no media un *acuerdo*), esto es, aunque cada individuo no la siga porque el resto de la comunidad también lo hace, sino solamente por razones personales varias. Se trataría de una convención en sentido *débil*¹³.

Esto representa, por ende, una forma distinta, menos cargada conceptualmente, de entender el convencionalismo. Así, una regla de reconocimiento incorporacionista, que establezca conjuntamente criterios de validez relacionados con la fuente y con la corrección moral, puede remitir, de la mano de este segundo criterio, a la moral objetiva, no porque ésta exista en virtud de acuerdos, sino meramente en el sentido de que hay una práctica concurrente (una convención *débil*) que la conforma.

No obstante, es importante tener presente que aquí pueden presentarse dos problemas de caracterización: el de la convencionalidad de la moral y el de la convencionalidad de la regla de reconocimiento. El compromiso con la idea de la regla de reconocimiento como una instancia de consenso por convicción podría traer ulteriores inconvenientes; sin embargo, veremos que el núcleo de la crítica de BAYÓN reside más bien en su caracterización del razonamiento moral¹⁴. Es más, puede decirse que en su artículo BAYÓN presupone el carácter convencional de la regla de reconocimiento, y en este sentido asumiré lo mismo en el presente trabajo.

Hay entonces un primer elemento por el cual tendría sentido hablar de una «convención que reenvía a un criterio no convencional»: matizando la no-convencionalidad del punto de llegada. Y en función de ello es posible considerar que cuando un juez a la hora de aplicar el derecho deba recurrir a la moral, en verdad tiene que desarrollar un razonamiento moral genuino. La moral no está plenamente determinada por los acuerdos de la comunidad, es decir, no es convencional en el sentido *fuerte*, pero cabe la posibilidad de que opere en la línea de las convenciones en sentido débil. No entraré todavía en más detalle de esta consideración, pero aquí cabe decir que ésta no parece lo suficientemente implausible *prima facie* como para que sea rechazada de antemano, sin adentrarse con cierta profundidad en un argumento específico al respecto¹⁵.

Y es que, como dice RÓDENAS siguiendo a MORESO, el juez, el intérprete, debe cumplir su rol actuando sobre un *trasfondo moral* y «el trasfondo moral que opera sobre el intérprete no es un discurso que se libere al margen de nuestras convenciones;

¹³ *Ibid.*, 37. Esta caracterización será detallada y cualificada *infra*, sección 3 *in fine*.

¹⁴ Entonces, también debe tenerse presente que la regla de reconocimiento es un conjunto de criterios a donde recurrir en busca de respuestas jurídicas, pero difícilmente puede vérsela como la regla que directamente proporciona dichas respuestas. Tal vez éste sea un punto implícitamente asumido por momentos en la crítica de Bruno CELANO a la consideración de la regla de reconocimiento como una convención, en el sentido de que, si lo fuera, ello igualmente sería banal, poco interesante e informativo (CELANO, 2009: 61 y ss.). Creo que lo apuntado aquí puede servir como inicio de respuesta a este tipo de objeción, sumado tal vez a consideraciones metodológicas más generales sobre el interés de las investigaciones filosóficas y la manera en la que éstas arrojan frutos (sí como tesis-producto, como pareciera asumir el tipo de crítica que formula CELANO, o como discusión-proceso, como me inclino a pensar). No puedo desarrollar más esta cuestión aquí, pero puede verse al respecto a VILAJOSANA, 2010: 498-499. Más en general sobre el valor de las investigaciones filosóficas como proceso, más que como producto, puede verse también a GARCÍA-CARPINTERO, 2010: 21-22.

¹⁵ Por otro lado, parece que hay una cercanía notable entre las nociones de convención en sentido fuerte y la de contrato, y uno parece tener buenas razones para no asimilar el funcionamiento de la moralidad muy simplemente al de la negociación contractual.

por el contrario, es un discurso condicionado por nuestras convenciones»¹⁶. Al menos esto es así con aquellas «concepciones que asumen que (bajo ciertas condiciones) las prácticas sociales existentes están dotadas de un cierto valor moral que debe ser tomado en consideración en el razonamiento jurídico justificativo»¹⁷ como puede ser, por ejemplo, el constructivismo ético desarrollado por Carlos NINO¹⁸, sobre el que volveré más adelante¹⁹.

Y más tarde diré también alguna otra cosa sobre el contexto de la exposición que MORESO hace de esta idea²⁰; ahora, sin embargo, proseguiré con el argumento de BAYÓN según el cual si no hay acuerdo respecto de lo que la moral objetiva exige, aun cuando lo haya respecto de que la validez jurídica dependa en parte de la conformidad con la moral objetiva, no hay en propiedad convención alguna. Se trataría de una convención vacía, que se *autoanula*.

BAYÓN no sólo parece manejar una versión estricta de convencionalismo, sino también sobre qué tener por «genuino» razonamiento moral. Él mismo establece una distinción entre tipos de convencionalismo: así, se refiere a uno *superficial* y uno *profundo*. De acuerdo con el primero, existe una regla compartida cuando existe en la comunidad un acuerdo explícito sobre el conjunto de aplicaciones correctas de ella. Pero este tipo de convencionalismo vuelve un sinsentido la idea de un error generalizado sobre las exigencias de una regla social: si lo hubiera no estaría verdaderamente conformada una regla tal. Sucede genéricamente que —en palabras de BAYÓN— «el convencionalismo superficial simplifica en exceso la naturaleza y condiciones de existencia de los hechos convencionales.»²¹

De aquí la plausibilidad del convencionalismo que llama *profundo*, según el cual «la existencia de criterios públicos se muestra o exhibe en el acuerdo en torno a ciertos casos paradigmáticos que se reconocen como aplicaciones correctas de la regla, sin que ello quiera decir que la extensión de dichos criterios se contraiga a esas aplicaciones»²².

Lo que define al convencionalismo profundo no es el acuerdo en torno a las aplicaciones concretas de la regla, sino el trasfondo de criterios compartidos. Por supuesto, aun para esta concepción podrán presentarse casos de genuinos desacuerdos²³, lo que abona una vez más la adhesión al convencionalismo sobre el derecho en el sentido de que los límites de este último están dados por los límites de nuestras convenciones²⁴.

¹⁶ RÓDENAS, 2003: 441.

¹⁷ *Ibid.*, 442.

¹⁸ *Vid.* NINO, 1989a: cap. 3 y 1992: 66-77. En este último libro, el autor se refiere específicamente a un modelo de racionalidad para nuestras prácticas constitucionales. En el primero, desarrolla una teoría metaética, que también expone en NINO, 1989b.

¹⁹ *Infra*, sección 3.

²⁰ *Infra*, sección 5.

²¹ BAYÓN, 2002: 79.

²² *Id.*

²³ *Ibid.*, 80.

²⁴ *Id.* y RÓDENAS, 2003: 443. Nótese el cambio en la propia terminología que utiliza BAYÓN, que pasa de hablar de «acuerdos» a «criterios compartidos», lo cual podría mostrar que en su trabajo también subyace una forma de la distinción entre consensos por convención y por convicción. Ello, por supuesto, no quiere decir que la categoría de *consensos por convención* sea coextensiva con la de *convencionalismo superficial*, ni que la de *consensos por convicción* lo sea con la de *convencionalismo profundo*.

Luego de caracterizar al convencionalismo profundo, es el propio BAYÓN quien delinea un esquema de estrategia epistemológica con la cual acceder a ese trasfondo de criterios compartidos que le son definitorios. Ese esquema, en sus palabras²⁵:

ha de tomar la forma de un razonamiento de naturaleza holista que, partiendo de lo que a primera vista parecen ser casos paradigmáticos, intente establecer qué es lo relevante en ellos; formule hipótesis acerca de los criterios de aplicación que parece poner de manifiesto la consideración de esos factores como relevantes; y vuelva después a considerar otros casos —reales o hipotéticos— que nos parezcan igualmente claros a fin de poner a prueba la admisibilidad de dichas hipótesis acerca de los contornos de nuestros criterios. [...] En suma, este ir y venir —que recuerda obviamente a la idea rawlsiana de un equilibrio reflexivo— no es sino una deliberación en busca de coherencia entre lo que nosotros estamos dispuestos a considerar casos incuestionablemente claros —incluso tras esta clase de filtro— y las mejores hipótesis que podamos elaborar para articular y explicitar los criterios compartidos a la luz de los cuales precisamente los consideramos claros.

Reténgase especialmente este esquema porque en lo sucesivo volveré con énfasis sobre él²⁶. Por el momento, no obstante, obsérvese que es capital el hecho de que BAYÓN mismo pone de relieve que el convencionalismo es entendible en distintas formas y que al menos una de ellas permite hablar de convenciones interpretativas no vacías. De esta manera, el autor pretende que es posible enfrentarse a lo que llama el «argumento del contraste con la práctica», que algunos han opuesto al positivismo jurídico, y según el cual la práctica jurídica actual desmentiría la tesis de las fuentes sociales, porque constantemente se estaría recurriendo a razonamientos y deliberaciones complejas que escapan a la mera constatación de acuerdos sociales. La cuestión ahora pasa por resaltar que las exigencias conceptuales que inicialmente establece para caracterizar al convencionalismo que liga al positivismo jurídico, parecen ser luego de algún modo relajadas.

No obstante, a pesar de reconocer la forma de convencionalismo que él llama profundo, a partir de la cual delinea su propia estrategia epistemológica, BAYÓN concluye su trabajo diciendo que²⁷

por complejo y controvertido que pueda ser el razonamiento encaminado a establecer el contenido de nuestras convenciones en una práctica deliberativa, no ha de ser confundido con el genuino razonamiento moral, cuyo desarrollo no está condicionado por constricciones determinadas convencionalmente.

Como adelanté más arriba, parece entonces que lo que ahora se recarga de exigencias conceptuales es el razonamiento moral, de modo que sólo resultará «genuino» cuando no esté restringido por convenciones sociales. Creo que esta afirmación necesitaría alguna argumentación adicional. Por lo pronto, parece chocar con opiniones como la ya citada de RÓDENAS: «El trasfondo moral que opera sobre el intérprete no es un discurso que se libre al margen de nuestras convenciones; por el contrario, es un discurso condicionado por nuestras convenciones»²⁸. Pero más allá de esto, BAYÓN parecería necesitar definir con precisión qué entiende por «genuino razonamiento moral», y más en general por «razonamiento moral».

²⁵ BAYÓN, 2002: 80-81.

²⁶ *Infra*, secciones 3 y 5.

²⁷ BAYÓN, 2002: 81.

²⁸ RÓDENAS, 2003: 441.

3. LAS EXIGENCIAS SOBRE EL RAZONAMIENTO MORAL. EL EJEMPLO DE UNA TEORÍA METAÉTICA

Para observar con más profundidad la cuestión de si el genuino razonamiento moral puede estar o no condicionado por nuestras convenciones sociales, veremos ahora unos breves puntos del desarrollo de la concepción metaética constructivista de Carlos NINO. En su libro *Ética y derechos humanos*, escribe²⁹:

La moral social o positiva es el **producto** de la formulación y aceptación de juicios con los que se pretende dar cuenta de principios de una moral ideal. Sin la aspiración de actuar y juzgar de acuerdo con una moral ideal no habría moral positiva. Las reglas de la moral positiva se generan a partir de un tipo de discurso en el que se formulan juicios que pretenden referirse no a tales reglas de la moral vigente sino a los principios de una moral ideal. [...] De modo que es equivocado aislar completamente la moral ideal de la moral social.

Y sigue más adelante³⁰:

En la identificación de la moral que está vigente en diversas sociedades, por un lado, y de un sistema moral ideal, por el otro, tal vez haya que hacer ajustes recíprocos. Por ejemplo, no tendría sentido concebir como moral una concepción ideal tal que, independientemente de la validez de sus enunciados, no tuviera propiedades en común con concepciones vigentes en distintos tiempos y sociedades.

De aquí ya puede apreciarse que la propuesta de NINO es claramente una que intenta conciliar convencionalismo y objetivismo³¹. La suya es una perspectiva que ve a la moral como una práctica discursiva dirigida a obtener una convergencia en acciones y actitudes, a través de una aceptación libre, por parte de los individuos, de principios para guiar sus acciones y sus actitudes frente a acciones de otros³².

Como es sabido, esta teoría es en gran medida tributaria de la desarrollada por John RAWLS, quien sostiene³³:

La visión constructivista acepta desde el comienzo que una concepción moral no puede establecer sino un marco laxo para la deliberación, la cual tiene que confiar de forma muy considerable en nuestras facultades de reflexión y juicio. Estas facultades no están fijadas de una vez por todas, sino que son desarrolladas por una cultura pública compartida y por ende modeladas por esa cultura.

Para NINO, la justificación de conclusiones morales puede realizarse a través de un proceso de *equilibrio reflexivo*. Ésta es la famosa idea de RAWLS según la cual ha de desarrollarse una armonización retroalimentadora entre convicciones morales particulares y principios generales que den cuenta de ellas, a la que el filósofo argentino añade un tercer elemento, cual es el de las reglas o aspectos formales del discurso moral que permiten derivar tales principios³⁴. Es mediante este proceso de armonización no sólo

²⁹ NINO, 1989a: 93 (resaltado en el original).

³⁰ *Ibid.*, 95.

³¹ RÓDENAS, 2003: 442.

³² En palabras de NINO: «Cuando describimos la moral de cierta sociedad debemos dar cuenta no sólo de las reglas que allí rigen y las virtudes de carácter que exhiben los individuos sino también del discurso que ellos desarrollan para favorecer y oponerse a ciertas conductas o prácticas. Este discurso es una **práctica social** y como tal es históricamente contingente». NINO, 1989a: 103 (resaltado en el original).

³³ RAWLS, 1999: 251.

³⁴ Para profundizar en lo relativo a su versión del equilibrio reflexivo, *vid.* NINO, 1989a: 105 y ss.

con lo que se obtendrían justificaciones morales, sino también, correlativamente, con lo que se producen los ajustes recíprocos entre moral positiva y moral ideal mencionados *supra*. Estos ajustes y, en general, todo el proceso por el que se llega a ellos, son, creo, una muestra clara de un esquema para el razonamiento moral genuino³⁵ que está condicionado por convenciones sociales (a la vez que puede redundar en el condicionamiento —«ajuste»— de ellas³⁶).

Es importante señalar que para NINO la justificación y validez de los principios morales está dada por la satisfacción de los presupuestos de la discusión moral. Aunque no es necesario el logro de consensos efectivos en discusiones reales sobre pautas morales concretas, un punto relevante es que evidentemente esos presupuestos representan que en el propio plano *ontológico*, es decir, el de la constitución de esos principios y pautas, hay una nota de interacción social necesaria. El que se dependa de presupuestos de la discusión moral implica al menos una disposición actualizable de puesta en común y contrastación de juicios morales personales. La práctica discursiva moral es colectiva, y lo son sus presupuestos, y allí ya hay una nota de constreñimiento social al razonamiento sustantivo, aun cuando la conexión entre dichos presupuestos y los principios morales sustantivos no esté dada necesariamente por un proceso colectivo (y, de allí, como se dijo, que no se requieran consensos concretos)³⁷. Con ello, parece ya haber elementos para evadir el realismo ontológico fuerte que preocupa a BAYÓN.

Hay que remarcar asimismo que en el plano *epistemológico* la presencia de lo colectivo, a modo de restricciones y constreñimientos al razonamiento individual, es en la teoría de NINO todavía más notoria. Se trata no ya de la constitución de la validez de los principios y pautas morales, sino de la forma de obtener conocimiento de dichos principios moralmente válidos. En este sentido, (como con el plano ontológico) busca una vía intermedia entre individualismo y societarismo, que reúna elementos de ambos y no los trate como opciones enteramente excluyentes. El esquema del equilibrio reflexivo es precisamente la estrategia epistemológica propuesta para el razonamiento moral³⁸.

Esta estrategia intenta hacerse cargo de una situación de hecho muy evidente: la de la tensión constante que hay en la vida diaria de todas las personas, a la hora de decidir cursos de acción, entre juicios de valor basados en intuiciones personales muy profundas (y/o en argumentos más o menos desarrollados), y entre juicios de valor cuyo primer fundamento reside en el apoyo en la práctica generalizada, opinión común o más difundida, etc. El equilibrio reflexivo es, en última instancia, equilibrio entre estos dos elementos.

Los consensos (obtenidos bajo ciertas condiciones) cumplen en este plano un papel muy importante, pues son instrumentos epistémicos de valor especial, indicadores fiables. En palabras de NINO³⁹

el consenso efectivo es una forma *privilegiada* de conocimiento moral, ya que cuando hay consenso unánime sobre cierta solución moral, después de un proceso de discusión, hay una altísima probabilidad de que la solución sea efectivamente correcta.

³⁵ El proceso como razonamiento en sí, y los ajustes como el producto de éste.

³⁶ NINO, 1989a: 44.

³⁷ *Vid.* NINO, 1994: 164-173.

³⁸ NINO, 1989b: 93 y ss.

³⁹ NINO, 1989b: 176 (resaltado en el original).

Llevado todo esto al plano de la decisión judicial, puede decirse que un juez, al verse obligado a evaluar la corrección moral como criterio de validez jurídica, debe «introducirse» en una especie de equilibrio reflexivo, llevar adelante, desarrollar, el procedimiento. Este rol es activo, no se queda en la mera constatación de convenciones sociales, sino que demanda la argumentación sustantiva, el contrapunto a esas convenciones con argumentos e intuiciones personales elaboradas. En esta medida, el razonamiento que realiza parece tener buenas cartas para ser considerado un razonamiento sustantivo genuino. Por ello, el incorporacionismo al admitir esto para la identificación del derecho se diferenciaría del positivismo jurídico excluyente.

Tomando esta concepción, bastaría cierto grado de acuerdo sobre exigencias de la moral (casos paradigmáticos) para mostrar que hay un trasfondo de criterios compartidos y que la remisión a la moral no implica salirse del convencionalismo, que no se incurre en convenciones que se autoanulan. Por otro lado, según dice COLEMAN en lo que hace al tratamiento judicial de casos, es claro que los jueces no podrían estar en desacuerdo en todos esos casos o la mayoría de ellos, porque allí se haría ininteligible la idea de que están siguiendo la misma regla⁴⁰. Así puede entenderse que todos podamos estar equivocados sobre algunas (o muchas) creencias morales, pero que no podríamos estarlo sobre todas o la gran mayoría de ellas⁴¹. Por lo demás, el equilibrio reflexivo es también el procedimiento con el cual podrían subsanarse equivocaciones tales, excluyendo, en última instancia, creencias, que no obstante son importantes al menos en un principio, porque constituyen parte del objeto sobre el que se realiza dicho procedimiento de deliberación.

Finalmente, debe resaltarse que en definitiva, la propuesta epistemológica de NINO para arribar a justificaciones morales no difiere en nada relevante de la que BAYÓN esboza para el convencionalismo profundo que propone. Siendo así, parece haber una fuerte razón más para preguntarse cómo justifica este último su afirmación de que el desarrollo del genuino razonamiento moral no está condicionado por constricciones determinadas convencionalmente. Por otro lado, con ello puede verse que BAYÓN mismo da al positivismo incluyente una vía de salida de la encrucijada en que primeramente lo había colocado. Frente a la cuestión de si con esta forma «profunda» de convencionalismo nos encontramos ante supuestos de genuina deliberación moral, cabe sostener que al menos si se adopta una teoría metaética constructivista como la de NINO, es posible afirmar que sí.

Resta simplemente hacer un comentario sobre la conexión entre los dos elementos de respuesta ofrecidos hasta aquí: la noción de convención débil, por un lado, y la opción por la metaética constructivista de tipo rawlsiano, por el otro.

Al respecto puede decirse lo siguiente⁴². Uno de los problemas que podría aquejar a la noción de consenso «por convicción» es el de la forma en que distinguirla de la mera convergencia de acciones y actitudes. Dicho de otro modo: parece necesario dotar de sentido consensual a la noción, para que su nombre no quede en un simple truco verbal. Pues bien, creo que aquí es donde puede entablarse la conexión entre esta no-

⁴⁰ COLEMAN, 2001: 116.

⁴¹ *Vid.* especialmente RAWLS, 1999: 256-257.

⁴² Agradezco a Maribel NARVÁEZ MORA por haber discutido conmigo sobre este punto.

ción y la metaética constructivista: el equilibrio reflexivo entre intuiciones morales muy arraigadas y juicios morales argumentados («esclarecidos»), por un lado, y pautas morales socialmente compartidas, positivizadas, por el otro, *dota de sentido* a la noción de convención débil en tanto que *vía intermedia* entre el extremo de la mera convergencia irreflexiva de acciones y actitudes, donde las consideraciones de moralidad positiva no cumplen ningún papel, y el otro extremo, en el cual el acatamiento de una regla por parte de otros es razón suficiente para el acatamiento de la misma regla por parte de uno.

Puesto en términos de condiciones: mientras que la noción de convención fuerte hace del acatamiento ajeno una condición suficiente para el acatamiento propio, y que en el caso de la mera convergencia no opera ninguna razón en tanto condición (la convergencia es un mero hecho fortuito); para la noción de convención débil, en las pautas de moralidad social hay al menos condiciones contribuyentes (al modo *constraints*) para las razones sobre la base de las cuales adoptar cursos de acción⁴³.

4. UNA VARIANTE: ¿CONVENCIONALISMO «TODO-O-NADA»?

A lo largo de este texto he asumido implícitamente, con BAYÓN⁴⁴, que el convencionalismo en los ámbitos del derecho y la moral impone rechazar el realismo metafísico, pero que ello no implica que dicho realismo deba también ser rechazado en relación con otra clase de entidades. No desarrollaré demasiado la siguiente idea —que no es central a mi intención primaria de respuesta a BAYÓN en este trabajo— pero es posible preguntarse si el convencionalismo (en cualquiera de sus formas, pero, sobre todo, el *profundo*) requiere que todas las normas que se identifiquen como parte de un sistema jurídico, lo sean en virtud de convenciones que les den origen.

Intentaré trazar una analogía. ALCHOURRÓN y BULYGIN definen a un *sistema normativo* como un conjunto de enunciados en cuyas consecuencias hay alguna normativa⁴⁵. Luego, identificando con KELSEN, HART y RAZ a la sanción como característica distintiva del derecho (del *orden jurídico*), definen a un *sistema jurídico* como un tipo de sistema normativo que contiene enunciados prescriptivos de sanciones, es decir, entre cuyas consecuencias hay normas o soluciones cuyo contenido es un acto coactivo⁴⁶.

⁴³ En el texto suyo que he venido citando, Claudina ORUNESU sostiene que en los consensos por convicción, o convenciones en sentido débil, la convergencia es accidental (ORUNESU, 2007: 37). Creo que esto es un error, en particular en el contexto de una discusión también dirigida específicamente al dilema planteado por BAYÓN al incorporacionismo, que pretende hacer uso de la noción de convención *débil* por su capacidad de dar cuenta de un mayor número de situaciones que la más restrictiva versión *fuerte*. La convergencia no puede ser un mero accidente, es de hecho *condición necesaria* de la existencia de cualquier consenso. En este sentido, creo que la asociación que aquí propongo entre la noción de convención débil y la metaética constructivista permite enfatizar mejor el carácter convencional de los consensos por convicción (aunque éste sea comparativamente menor al de las convenciones fuertes). En ARENA, 2012, pueden encontrarse distinciones mucho más finas que las aquí trazadas respecto de formas de convencionalismo, y consideraciones alternativas sobre la relación entre convergencia y convención. No creo que nada de lo que de tan sustancioso análisis surge se oponga al punto que aquí quiero defender (sino todo lo contrario), pero sí pienso que es innecesario para mis propósitos actuales recurrir a un aparataje filosófico de tanta sofisticación.

⁴⁴ BAYÓN, 2002: 82 (n. 10).

⁴⁵ ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1975: 93. Según estos autores, hay una consecuencia normativa cuando se produce una correlación deductiva entre un caso y una solución.

⁴⁶ *Ibid.*, 106.

Como puede apreciarse, de acuerdo con este criterio un sistema de enunciados no requiere que todas sus consecuencias sean normativas para conformar un sistema *normativo*, de la misma manera en que un sistema normativo no tiene por qué estar conformado por enunciados que establezcan —*todos*— sanciones, para ser *jurídico*. Por consiguiente, es claro que el derecho de una comunidad se compone no sólo de normas, sino también de otros elementos. Por dar un ejemplo poco controvertible, incluye también definiciones o postulados de significación⁴⁷.

En punto a la discusión abordada en este trabajo, podría sostenerse analógicamente que para mantener la ligazón del positivismo jurídico incluyente al convencionalismo no es necesario que sean de origen convencional todos los elementos, individualmente considerados, que, por la explicación del derecho que hace esta versión del positivismo, se identifiquen como jurídicos. Podría pretenderse que lo que hace que ontológicamente pueda decirse que se trata de un sistema jurídico convencionalista, es que las normas jurídicas que lo componen son *fundamentalmente* producto de convenciones⁴⁸. No necesitamos decir que un sistema jurídico se compone de normas jurídicas exclusivamente; de la misma manera, quizás no sea necesario que *todos* los componentes del sistema emanen de convenciones para seguir abrazando la tesis convencionalista, porque ¿es el convencionalismo *conceptualmente* «de todo o nada»?

Por supuesto, en función de la teoría metaética que aquí he comentado, no hay moral en una realidad metafísica del todo ajena a nuestras convenciones sociales. A lo que voy es a que, aun si se adoptara un enfoque según el cual el realismo metafísico sobre la moral pudiera ser verdadero, no surgiría inmediatamente que el convencionalismo deba ser abandonado, sin una argumentación ulterior⁴⁹.

⁴⁷ *Ibid.*, 97 y 107 y su texto «Definiciones y normas», en ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1991: 439 y ss.

⁴⁸ Por supuesto, una propuesta completa en este sentido requeriría también del aporte de un criterio de medición y algún indicativo de qué y cuánto vale como composición *fundamental* de un sistema jurídico. Por así decirlo, se necesitaría de una tesis epistémica que acompañe a la tesis ontológica sugerida (apenas) en el texto. La elaboración de esto excedería en mucho los objetivos del presente trabajo.

⁴⁹ Dicho esto, *vid.* NINO, 1989a: 74-75, donde plantea el ejemplo imaginario de una piedra que tuviese la propiedad de tomar distintos colores en función del valor moral que tengan los hechos que sucedan cerca de ella. *Reconocer* que la piedra tiene dicha propiedad presupondría la correlación de ciertos juicios de valor con ciertos hechos. Haber formulado esos juicios es haber tomado partido previamente sobre el hecho a evaluar. De manera que «[u]na ética metafísica, de ser aceptada, no necesariamente tendrá éxito en fundamentar nuestros juicios de valor; y, a la inversa, tal fundamentación no conduce necesariamente a una ética metafísica» (p. 75). Por consiguiente, parecería que incluso si existiese una piedra como la imaginada por NINO, habría buenas razones para dejar la fundamentación racional de juicios morales a algún tipo de práctica convencionalista. Un argumento similar es un *leit motiv* del excelente libro de BRENNAN, 1977. Además, en palabras de RAWLS: «[L]a objetividad o subjetividad del conocimiento moral no depende de la cuestión de si existen entidades ideales de valor, o de si los juicios morales son causados por emociones, o de si hay una diversidad de códigos morales por todo el mundo, sino simplemente de la siguiente cuestión: ¿existe un método razonable para validar o invalidar reglas morales dadas o propuestas así como las decisiones que se adoptan basándose en ellas?», RAWLS, 1999: 61. Pero *vid.* también que en otro de los artículos de ese libro dice: «A decir verdad, ni siquiera se excluye que la forma de dar cuenta de algunas nociones [morales] deba ser constructivista, mientras que la de otras no» (p. 252); aun cuando, como es sabido, para él «[f]uera del procedimiento de construir los principios de justicia, no hay hechos morales» (p. 213).

Al margen de lo anterior, no se me escapa lo curioso de utilizar a ALCHOURRÓN y BULYGIN como fuente para un argumento con el que intentar salvar de una objeción teórica puntual al positivismo incluyente, posición que expresamente han rechazado. Con algo de suerte, la estrategia hasta podría agregarle al (esbozo de) argumento cierto valor retórico. Por lo demás, vale la pena señalar que en un trabajo suyo BULYGIN se refiere expresamente al artículo de BAYÓN y al dilema que presenta al incorporacionismo. A mi entender, la reconstrucción que allí hace de dicho dilema es errada, porque lo presenta como el dilema entre colapsar con el positivismo excluyente o bien asumir el objetivismo moral (BULYGIN, 2006: 109 y ss.). Esta segunda,

5. MORESO Y LA NECESIDAD DEL OBJETIVISMO MORAL

Quisiera volver ahora sobre lo escrito por José Juan MORESO en torno a la necesidad del objetivismo moral para el positivismo jurídico inclusivo⁵⁰.

El punto central en que pretendí hacer hincapié en este trabajo es que la deliberación moral no necesariamente debe estar al margen de nuestras convenciones sociales. Trayendo a colación la teoría metaética elaborada por NINO, busqué mostrar cómo pueden haber (de hecho, hay) teorías morales que colocan a dicha deliberación justamente dentro de un marco condicionado por convenciones sociales, a la vez que condicionante de ellas.

En su trabajo *En defensa del positivismo jurídico inclusivo*⁵¹, MORESO dice que el positivismo incluyente no necesita adoptar ninguna clase de objetivismo moral para mantenerse consistente. Para ello, toma la distinción que suele hacerse entre conceptos morales ligeros y densos. Los conceptos densos, tales como «honesto», «cobarde» o «trato degradante» son conceptos que más allá de su carga prescriptiva tienen una marcada dimensión descriptiva que haría posible que se predique la verdad o falsedad y, por tanto, la objetividad, de los juicios morales que los contienen⁵². Sin embargo, de acuerdo con él mismo⁵³:

Podría argüirse que el uso de oraciones que contienen conceptos densos por parte de los intérpretes y, también, de los órganos de aplicación del derecho [...] [es] un uso desprovisto de dimensiones evaluativas. La suerte de este argumento depende de la posibilidad de separar netamente la dimensión descriptiva de la dimensión prescriptiva de los conceptos morales densos. Pero aun si esa posibilidad queda en pie, el intérprete o el aplicador precisan *moldear* el concepto, ponerlo en relación con otros conceptos e, inevitablemente, para moldear conceptos morales es preciso disponer de un trasfondo moral sobre el cual trabajar. Esto es, es necesaria una red conceptual donde los conceptos morales ocupan algunos de los nodos y esa red conceptual debe controlarse, en una especie de *equilibrio reflexivo*, con nuestras intuiciones, para ello es preciso embarcarse en una reflexión moral.

Según creo, la argumentación de MORESO no hace sino presuponer una forma de teoría metaética constructivista, similar a la de NINO aquí mencionada. Al hablar del moldeado del concepto, MORESO implica los «ajustes» a los que aludía NINO, e incluso se refiere explícitamente al equilibrio reflexivo rawlsiano que sirve según el autor argentino como procedimiento para justificar conclusiones morales. La última línea transcrita es evidentemente significativa a este respecto.

En este sentido, el argumento que utiliza MORESO para objetar que sea necesario suscribir alguna forma de objetivismo moral parece más bien abonar la tesis contraria

creo, no es la formulación adecuada del correspondiente cuerno del dilema. Se trata más bien de que deba abandonarse el convencionalismo, y asumirse un objetivismo realista en materia moral. La salida del dilema defendida centralmente en el presente trabajo se basa, justamente, en la posibilidad de asumir cierto tipo de objetivismo moral sin por ello renunciar al convencionalismo (y por ende sin comprometerse con un realismo moral —ontológico— fuerte).

⁵⁰ Este trabajo fue escrito con anterioridad a la difusión de nuevos trabajos de José Juan MORESO sobre el tema. En efecto, en esta nueva etapa MORESO parece dar pistas de haber modificado su posición, de una manera que puede decirse se hace eco de críticas en la línea de la que presento en esta sección. *Vid.* MORESO, 2013.

⁵¹ MORESO, 2002: 93 y ss.

⁵² *Ibid.*, 99-100.

⁵³ *Ibid.*, 100 (resaltados en el original).

—porque la presupone— de que en verdad el incorporacionismo requiere de dicho objetivismo para no caer en el ámbito de la crítica de BAYÓN sobre su posible subsumición en el positivismo jurídico excluyente. La «objetividad» de una moral crítica del tipo de la pretendida por teorías constructivistas como la de NINO (esto es, que no es totalmente ajena a las convenciones sociales sino que se mantiene con ellas en una situación de ajustamiento recíproco) es lo que permite no caer en el convencionalismo fuerte que conduciría al positivismo jurídico excluyente y su también fuerte versión de la tesis de las fuentes sociales. La identificación y aplicación del derecho puede no agotarse en la mera constatación de una serie de hechos sociales, sino que puede eventualmente exigir el desarrollo de un genuino razonamiento moral.

No quiero con esto afirmar que la distinción entre conceptos morales densos y ligeros sea insostenible o inútil, ni que sea imposible trabajar avalorativamente con conceptos morales, sino simplemente que el argumento que MORESO ofrece para desligar al positivismo jurídico incluyente de la necesidad del objetivismo moral es susceptible de, al menos, un cuestionamiento. MORESO intenta mostrar que el positivismo jurídico incluyente no depende de la verdad del objetivismo moral, porque es posible manejar un conjunto de conceptos morales, los densos, que poseen contenidos no sólo evaluativos, sino también descriptivos, de modo que pueden tenerse parámetros de corrección, para los razonamientos que los involucran, en los parámetros que de hecho hay para verificar la corrección de dichos contenidos descriptivos. Así, incluso si el objetivismo moral fuera falso, no quedaría directamente allanado el camino para la discreción judicial, porque el contenido descriptivo de los conceptos morales densos sí está sujeto a criterios de contrastación con los que juzgar la adecuación de los razonamientos que los incluyen.

Esto no sólo tiene el problema de que en definitiva sería sólo aplicable y útil respecto del uso de conceptos morales densos, pero no de los ligeros. Como he intentado mostrar, el tipo de razonamiento con que epistemológicamente resultaría, de la mano de la estrategia de MORESO, que ha de llevarse a cabo la labor adjudicativa mediando conceptos morales densos, sería precisamente el tipo de razonamiento con el que de acuerdo al constructivismo ético reflexionamos moralmente y edificamos y descubrimos verdades morales.

El presente punto contra el argumento de MORESO es en definitiva lo que marcará HART en un discutido pasaje de su *Postscript*, donde deja abierta la cuestión sobre si su versión inclusiva de positivismo implica que las remisiones a la moral sólo dan espacio creador al juez o si, en cambio, constituyen una prueba (moral) para la determinación del derecho preexistente. La deja abierta —dice allí— porque también deja abierta la cuestión, lógicamente anterior, de si los juicios morales tienen «nivel objetivo»⁵⁴. La objetividad de los juicios morales es determinante de que la remisión que hagan los

⁵⁴ HART, 2000: 30-31. Un problema de dicho pasaje es, creo, que a continuación sostiene que la teoría del derecho no debe comprometerse con posiciones controvertidas de filosofía moral. Evidentemente, es exactamente eso mismo lo que HART está haciendo al sostener que el reenvío al razonamiento moral para la identificación del derecho será que se trata, o bien de un modo de descubrimiento de derecho preexistente, o bien de una mera habilitación de la discrecionalidad judicial, según el objetivismo moral sea verdadero o falso, respectivamente. Aunque para HART no hay mayores diferencias prácticas entre ambos casos; me parece evidente que las consecuencias son muy diferentes cuanto menos en términos teóricos (de descripción y explicación de la praxis jurídica) y esa, la teórica, justamente, parece ser la misión central de la teoría general del derecho.

materiales jurídicos a ciertos contenidos morales sea parte del proceso por el cual los jueces deben descubrir derecho preexistente o, en cambio, sólo una mera habilitación para que éstos ejerzan su discrecionalidad, creando derecho nuevo para resolver casos particulares, de acuerdo a convicciones y posturas personales insusceptibles de ser cuestionadas en función de algún criterio (jurídico) de corrección predeterminado.

A partir de aquí hay, creo, un punto fuerte a favor de la tesis más general de que la autonomía conceptual del positivismo inclusivo está supeditada al objetivismo moral. Esto es, la plausibilidad teórica definitiva del incorporacionismo depende de la verdad del objetivismo moral. Si este último fuese falso, toda apelación a contenidos morales como elemento determinante de la validez jurídica de una norma no sería más que una habilitación a la discreción de los jueces para la creación de derecho nuevo. Por un lado, no habrá posibilidad de que la corrección de una decisión tomada en ese contexto dependa del acaecimiento de ciertos hechos sociales, pero, por el otro, tampoco será el caso de que sea necesario el desarrollo de un tipo específico de razonamiento, el moral, que conlleve una respuesta correcta de la cuestión a decidir; por la simple razón de que si el objetivismo moral es falso, no hay razonamiento moral que pueda llevar a ninguna respuesta correcta, pues no hay corrección moral: no hay algo que descubrir como la respuesta (preexistente) para un caso, sino con suerte una respuesta para dar en el momento que resulta adecuada según determinados intereses.

Ambas opciones —1) corrección siempre dependiente del mero acaecimiento de ciertos hechos sociales y 2) corrección independiente de una inexistente verdad moral— son igualmente satisfactorias para un positivista excluyente, como dos caras de una misma moneda. Sin embargo, el incorporacionista debe asumir cargas teóricas mayores: requiere que la primera opción no sea el caso, a la vez que necesita que haya ciertas respuestas morales correctas o verdaderas para así evitar la conclusión de que toda consideración de un contenido moral implica una decisión, más o menos arbitraria, y no sujeta a un control interno al derecho de cómo ha de resolverse en un cierto caso. Es decir, ninguna de las opciones debe ser adecuada. De lo contrario, el positivismo jurídico incluyente habrá resultado llanamente incorrecto, o al menos fagocitado por la versión excluyente. Pero nótese que el compromiso con la falsedad de la segunda opción no es ni más ni menos que el compromiso con alguna forma de objetivismo moral⁵⁵.

6. CONCLUSIÓN

De acuerdo con Juan Carlos BAYÓN, el positivismo jurídico incluyente, al pretender incorporar criterios de corrección moral para evaluar la validez jurídica, cae irremediabilmente en el dilema entre:

⁵⁵ Han sido varios los intentos por mostrar, como MORESO, que la plausibilidad conceptual del positivismo jurídico incluyente no depende de la verdad del objetivismo moral. *Vid.*, por ejemplo, SOPER, 1998, KRAMER, 1999, HIMMA, 1999. Un análisis más elaborado debería estudiar críticamente esos otros intentos y mostrar cómo fallan en abonar la independencia teórica afirmada. En la investigación más amplia de la que, según he mencionado en los agradecimientos, el presente trabajo es parte, he intentado este análisis más exhaustivo, pero su adecuada exposición no puede sino posponerse para otra ocasión, puesto que llevaría un espacio considerable que fracturaría la unidad del presente ensayo. En todo caso, puede verse un pequeño repaso de dichos intentos en ETCHEVERRY, 2006: 343 y ss.

1. Diluirse en el positivismo excluyente por remitir, en propiedad, a los acuerdos sociales sobre la corrección moral (esto es, a hechos sociales, la llamada «moral social»); o
2. Renunciar al convencionalismo al que estaría primariamente comprometido por abrazar una forma (débil) de la tesis de las fuentes sociales del derecho, al verse en la necesidad de suscribir alguna clase de objetivismo moral que apele a la deliberación moral «genuina» (que según BAYÓN sería aquella no constreñida por convenciones sociales).

Empero, en función de lo que he intentado mostrar a lo largo de estas páginas, el convencionalismo profundo que delinea el propio BAYÓN en su trabajo —caracterizado por la apelación a un trasfondo de criterios compartidos y no por un acuerdo específico sobre las aplicaciones concretas de las reglas— puede precisamente ser utilizado por el positivismo jurídico incluyente para escapar al dilema al que se lo enfrenta, pues permite hablar de convenciones interpretativas no vacías, que no se autoanulan, y que son las que necesita para sostener conjuntamente sus pretensiones convencionalistas y de diferenciación de las tesis excluyentes. Incluso hay elementos adicionales para reforzar esto, como la idea de convenciones en sentido débil (*i. e.*, «consensos por convicción»), que permite dar cuenta del tipo de carácter convencional que adscriben a la moral las metaéticas constructivistas, por oposición a (o más bien, como un intermedio entre) las meras convergencias irreflexivas, por un lado, y al colapso de la moral crítica en la positiva, por el otro.

Según el autor español, sin embargo, no puede pretenderse que el tipo de actividad que requeriría el convencionalismo profundo para la identificación del derecho por parte de un juez pueda confundirse con el genuino razonamiento moral, porque el razonamiento moral no puede estar constreñido por convenciones y la actividad del juez sí lo está. No obstante, esta afirmación puede ser contradicha *al menos en función de* la adopción de una teoría metaética objetivista (como la de NINO, aquí someramente expuesta) que entienda a la moral como una práctica discursiva condicionada por —y a la vez condicionante de— nuestras convenciones sociales, desarrollada a través de un procedimiento específico de argumentación sustantiva colectiva. Esto es, un tipo de metaética que, precisamente, *dota de sentido* a la imagen de la práctica moral como una convención débil.

Por supuesto, se trata de una conclusión muy modesta. No he dado razones para adoptar una postura en metaética como la que aquí he referido⁵⁶. Se trata de una conclusión condicional y cautelosa. Y es claro que hay gran diversidad de teorías metaéticas disponibles. Quizá hasta podría resultar que la teoría de NINO y aun todo el constructivismo moral kantiano constituya una reconstrucción conceptual profundamente insatisfactoria en la compleja pluralidad de las sociedades contem-

⁵⁶ Ni en el sentido de reconstrucción conceptual de nuestras prácticas morales discursivas de hecho, ni en el sentido normativo de cómo deberían ser dichas prácticas si queremos mejorarlas de algún modo. Pero claramente, el sentido manejado a lo largo de todo el texto, dado el interés de esta investigación, es el primero. Es decir, la plausibilidad del núcleo de mi análisis está sujeta a la del constructivismo metaético entendido como reconstrucción conceptual del discurso moral tal como éste de hecho es. Aun así, en la sección 4 propuse un esbozo de argumento de acuerdo con el cual el incorporacionismo podría tener una vía de escape al *dilema de Bayón* incluso de fallar el constructivismo en este aspecto.

poráneas; pero ello sería ajeno al enfoque aquí adoptado. Por otro lado, lo dicho en estas páginas no pretende excluir el debate sobre muchos otros puntos tocados por el sustancioso trabajo de BAYÓN y sobre los rumbos del positivismo jurídico contemporáneo en general.

No obstante, de la discusión del *dilema de Bayón* y la solución a éste propuesta puede derivarse la atención al análisis de la relación conceptual entre el positivismo jurídico incluyente y el objetivismo moral. Un esbozo de conclusión —adicional— de este trabajo, es entonces que hay razones para pensar que, en efecto, hay una dependencia conceptual del primero respecto del segundo. De este modo, puede afirmarse que si el objetivismo moral es falso, entonces el incorporacionismo no tiene sustento teórico autónomo, su tesis de que es posible que contingentemente se deba recurrir al razonamiento moral genuino para identificar derecho preestablecido es falsa, y su destino no es otro que la disolución (en el positivismo excluyente) y el olvido.

BIBLIOGRAFÍA

- ALCHOURRÓN, C. E., y BULYGIN, E., 1975: *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea.
- 1991: *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Constitucionales.
- ARENA, F. J., 2012: «Desacuerdos ambiguos, convenciones equívocas», en P. LUQUE y G. B. RATTI (eds.), *Acordes y desacuerdos. Cómo y por qué los juristas discrepan*, Marcial Pons, 279 y ss.
- BAYÓN, J. C., 2002: «Derecho, convencionalismo y controversia», en P. NAVARRO y M. REDONDO (comps.), *La relevancia del Derecho: ensayos de filosofía jurídica, moral y política*, Gedisa.
- BRENNAN, J. M., 1977: *The Open-Texture of Moral Concepts*, Barnes & Noble.
- BULYGIN, E., 2006: *El positivismo jurídico*, Fontamara.
- CELANO, B., 2009: *Derecho, justicia, razones*, A. GREPPI y F. LAPORTA (trads.), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- COLEMAN, J. L., 1998: «Authority and Reason», en R. P. GEORGE (ed.), *The Autonomy of Law. Essays on Legal Positivism*, Oxford Clarendon Press.
- 2001: *The Practice of Principle. In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford University Press.
- DWORKIN, R., 1978: *Taking Rights Seriously*, Duckworth.
- 1986: *Law's Empire*, Fontana Press.
- ETCHEVERRY, J. B., 2006: *El debate sobre el positivismo jurídico incluyente*, UNAM.
- GARCÍA-CARPINTERO, M., 2010: *Las palabras, las ideas y las cosas*, Ariel.
- HART, H. L. A., 1963: *El concepto de Derecho*, G. CARRIÓ (trad.), Abeledo-Perrot.
- 2000: *Post scriptum al concepto de derecho*, R. TAMAYO (trad.), UNAM (publicado originalmente en 1994, como agregado a la 2.ª ed. —por P. BULLOCH y J. RAZ— de *The Concept of Law*).
- HIMMA, K. E., 1999: «Incorporationism and the Objectivity of Moral Norms», *Legal Theory*, núm. 5.
- KRAMER, M. H., 1999: «Coming to Grips With the Law: In Defense of Positive Legal Positivism», *Legal Theory*, núm. 5.
- 2004: *Where Law and Morality Meet*, Oxford University Press.

- MORESO, J. J., 2002: «En defensa del positivismo jurídico inclusivo», en P. NAVARRO y M. C. REDONDO (comps.), *La relevancia del Derecho: ensayos de filosofía jurídica, moral y política*, Gedisa.
- 2013: *Ethica More Iuridico Incorporata*, Fontamara.
- NINO, C. S., 1989a: *Ética y derechos humanos*, 2.^a ed., Astrea.
- 1989b: *El constructivismo ético*, Centro de estudios constitucionales.
- 1992: *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Astrea.
- 1994: *Derecho, moral y política*, Ariel.
- ORUNESU, C., 2007: «Sobre la inconsistencia teórica del positivismo jurídico incluyente», *Análisis filosófico*, XXVII, núm. 1.
- RAWLS, J., 1999: *Justicia como equidad*, 2.^a ed., M. Á. RODILLA (trad.), Tecnos.
- RAZ, J., 1985: *La autoridad del Derecho. Ensayos sobre Derecho y Moral*, R. TAMAYO (trad.), UNAM.
- RÓDENAS, Á., 2003: «¿Qué queda del positivismo jurídico?», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 26.
- SOPER, E. P., 1998: «Two Puzzles from the Postscript», *Legal Theory*, núm. 4.
- VILAJOSANA, J. M., 2010: «Una defensa del convencionalismo jurídico», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 33.

ACERCA DE LA FUERZA DE LOS ENUNCIADOS PROBATORIOS: EL SALTO CONSTITUTIVO*

Diego Dei Vecchi

Università degli Studi di Genova

RESUMEN. Este ensayo propone una crítica a la tesis pragmática según la cual los enunciados probatorios de las decisiones judiciales del tipo «está probado que p » poseen fuerza descriptiva siendo, por tanto, verdaderos o falsos. En primer lugar, se dilucida la noción de fuerza pragmática y se estipula la distinción entre enunciados descriptivos y normativos. Luego, se muestra que en los contextos procedimentales donde el sistema de valoración de la prueba es el conocido como Sana Crítica Racional, los enunciados probatorios, por una parte, expresan un juicio valorativo de quien los profiere y, por la otra, fungen de razones prácticas dirigidas a justificar una acción del mismo emisor, a saber: la aceptación del enunciado fáctico como premisa de la decisión judicial. Estas circunstancias, se sostiene, muestran que enunciados probatorios proferidos en esos contextos poseen fuerza normativa postulándose provisoriamente su carácter constitutivo.

Palabras clave: enunciado probatorio, estándares de prueba, sistemas de valoración, fuerza pragmática.

About the Strength of Proof Statements in Judicial Decision: The Constitutive Leap

ABSTRACT. This essay proposes a criticism to the pragmatic thesis according to which, the proof statements of judicial decision of the kind «it is proven that p » have descriptive strength, being, therefore, true or false. First of all, the notion of pragmatic strength is enlightened and the distinction between descriptive statements and normative statements is provided. Then, it is shown that in judicial process contexts where the proof evaluation system is the well-known as principle of «free proof», the proof statements, in one hand express a judgment of value of the one that utters them, and in the other hand, they work as practical reasons aiming to justify an action of the decision-maker by himself, namely: the acceptance of the factual statement as a premise of the judicial decision. This circumstances, it is upheld, demonstrate that proof statements issued in this kind of contexts bear a normative strength, postulating temporarily their constitutive character.

Keywords: proof statement, standards of proof, evaluative systems, pragmatic strength.

* Fecha de recepción: 1 de abril de 2014. Fecha de aceptación: 22 de mayo de 2014.

Una versión preliminar de este texto fue discutida en el Departamento de studi giuridici Angelo Saffa, Università Bocconi di Milano en octubre de 2013 y en el Istituto Tarello per la Filosofia del Diritto, Università degli Studi di Genova, en marzo de 2014. Agradezco a los participantes de ambos seminarios por sus intervenciones y sus comentarios. A lo largo del desarrollo de este texto, el trabajo se ha visto favorecido con las lecturas y observaciones de Federico José ARENA, Hernán BOUVIER, Pedro CABALLERO, Jordi FERRER BELTRÁN, Daniel GONZÁLEZ LAGIER, Riccardo GUASTINI, Federico ORLANDO, José PERALTA, Cristina REDONDO y Rodrigo SÁNCHEZ BRÍGIDO. A todos ellos agradezco especialmente. Por último, agradezco también a los dos *referees* anónimos que evaluaron este trabajo a los fines de la presente publicación por sus comentarios sobre el texto.

INTRODUCCIÓN

Es un lugar común entre los teóricos del derecho el de reconocer la estrechez explicativa de la imagen silogística de la decisión judicial, al menos en tanto y en cuanto ella quede reducida a lo que hoy se identifica como su *justificación interna*: la inferencia que a partir de una premisa normativa (*i. e.* una norma general y abstracta) y una premisa fáctica (*i. e.* un enunciado expresivo de una proposición) concluye en una norma individual¹. Esta imagen reductiva, se dice, por su excesiva simplicidad, pierde de vista rasgos significativos del razonamiento de los decisores al desentenderse de todo lo concerniente a la *justificación externa*: la relativa a cada una de las premisas de aquella inferencia².

En lo exclusivamente concerniente a la justificación (externa) de la premisa fáctica (*e. g.* «*p*»), ella consiste en dar razones en favor de la verdad de la proposición que esa premisa expresa: en responder a la *quaestio facti* demostrando que lo que el enunciado asevera ocurrió efectivamente en el mundo³. De allí que se sostenga que los enunciados fácticos de la decisión judicial están justificados toda vez que estén *probados*⁴. La conclusión del razonamiento probatorio, de ser éste exitoso, se traduce entonces en un enunciado del tipo «está probado que *p*». Enunciados de este tipo, emitidos por el decisor en la decisión, son los que en adelante se identificarán como «enunciados probatorios».

Ahora bien, qué signifique «estar probado» y cuáles sean las condiciones bajo las cuales pueda considerarse que un (proferimiento de un) enunciado fáctico lo está, han sido cuestiones tradicionalmente discutidas por filósofos, epistemólogos y juristas, con especial énfasis en la última década. Parte de la discusión ha girado en torno a la dilucidación del significado y de la fuerza del enunciado probatorio; así como también en torno a la actitud proposicional que, sobre la base de ese enunciado, es plausible

¹ Por todos, ALCHOURRÓN y BULYGIN, 2006 (1971): 212; WRÓBLEWSKI, 1974: 39.

² Cfr. ATIENZA, 2003: 166, WRÓBLEWSKI, 1974: 39. Sobre los problemas vinculados a la justificación de la premisa normativa, de los que no me ocuparé aquí, cfr. GUASTINI, 2011; TARELLO, 1980.

³ En adelante se omitirá la distinción enunciado/proposición y se hablará de verdad o falsedad del «enunciado descriptivo». Por otra parte, en rigor de verdad, la justificación externa de la premisa fáctica comprende, además del «razonamiento probatorio» recién aludido, también la justificación de la calificación del enunciado fáctico como instancia del supuesto de hecho de la norma general constitutiva de la premisa mayor. A esto se suele referir como «razonamiento calificadorio» o subsuntivo. No me ocuparé aquí de estos problemas sobre los cuales *vid.* FERRUA, 2007; GONZÁLEZ LAGIER, 2005; GONZÁLEZ LAGIER, 2007; WRÓBLEWSKI, 1967: 18.

⁴ Por defecto, en este trabajo se entiende por «prueba» el *resultado* de la actividad probatoria en su totalidad (cfr. UBERTIS, 1979: 105-106). Sobre la polisemia de «prueba» en el contexto jurídico-procesal *vid.* COUTURE, 1958: 215 y ss., GASCÓN ABELLÁN, 1999: 83-97. Por lo demás, podría afirmarse que está justificado *p* sólo si es el caso que *p*, es decir, sólo si *p* es verdadero. De hecho, suele sostenerse que ésta es la condición de justificación de la premisa fáctica en relación a la llamada «decisión norma» (CARACCILO, 2005). De modo que siendo falsa la premisa fáctica tal norma no podría considerarse justificada: «No podría hablarse de aplicación de normas a hechos» (CARACCILO, 2000). Por el contrario, se dice (y es una adecuada descripción de la práctica) que la «decisión acto» (la acción decisoria del juez) se tiene por justificada si *p* está *probado* aun cuando sea falso. Como es evidente, y como se ha discutido en más de una oportunidad, asumiendo esas diversas condiciones de justificación, se produce la situación paradójica de estar justificadas para el derecho acciones con resultados injustificados toda vez que la premisa fáctica *probada* sea, sin embargo, falsa. Una propuesta de solución a este problema en SÁNCHEZ BRÍGIDO y SELEME, 2002. Dejaré de lado aquí estas cuestiones. Sin embargo, lo que se dirá podría tener cierta repercusión sobre ellas, sobre todo por su aparente armonía con la propuesta aludida.

predicar del decisor respecto al enunciado fáctico (*i. e.* el estado mental predicable del juez respecto a *p* al decir «está probado que *p*»).

El asunto ha sido abordado directamente en estos términos por Jordi FERRER BELTRÁN en un trabajo del año 2001⁵, quien ha defendido las siguientes tres tesis:

a) Tesis semántica (TS): el significado del enunciado probatorio ha de explicarse como sinónimo de «hay elementos de juicio suficientes a favor de *p*»⁶ o, como precisaría algunos años más tarde, «hay elementos de juicio suficientes en favor de la aceptación de *p* como verdadera»⁷.

En alternativa FERRER BELTRÁN analiza y descarta las interpretaciones de «está probado que *p*» como: (a₁) «es verdad que *p*», dado que ello, o identifica prueba y verdad o bien supone que la verdad es condición necesaria de la prueba, opciones ambas con consecuencias inaceptables o indeseables; (a₂) «el juez ha establecido que *p*», con una connotación constitutiva del enunciado probatorio que él rechaza. Sin embargo, en rigor este «significado» de «está probado que *p*» no viene al caso si se están analizando las enunciaciones de ese enunciado emitidas por el mismo juez en la decisión. Por lo demás, «está probado que *p*» entendido como «el juez ha establecido que *p*» (dicho naturalmente por un tercero acerca del enunciado emitido por el decisor) parece, en efecto, tener fuerza descriptiva, siendo verdadero si es el caso que el juez ha tenido por probado a *p* en su decisión.

b) Tesis Pragmática (TP): al igual que el enunciado fáctico («*p*»), el enunciado probatorio tiene fuerza descriptiva, expresando por tanto una proposición verdadera o falsa según sea o no el caso de que haya elementos de juicio suficientes en favor de «*p*»⁸.

En alternativa se rechazan las tesis según la cuales se trata de enunciados ya con fuerza *constitutiva* ya con fuerza *normativa*. Se volverá sobre esto oportunamente.

c) Tesis de la actitud proposicional (TA): el estado mental del decisor en relación a *p* al afirmar que «está probado que *p*» es la de *aceptación* de la proposición cual si fuera verdadera independientemente de su creencia en *p*.

En alternativa FERRER BELTRÁN rechaza las posturas de quienes sostienen que el decisor: (c₁) cree que *p*, dado que: i) las creencias son involuntarias y sólo los *actos voluntarios* son justificables y que ii) en el marco de la decisión judicial muchas veces se asume que el decisor deba tener por probado un enunciado fáctico aun cuando no crea en su verdad; (c₂) conoce que *p*, dado que el conocimiento presupone la verdad de la proposición creída y esto sería incompatible con la asunción de que muchas veces están justificados (*i. e.* probados) enunciados fácticos falsos⁹.

En este trabajo me centraré en la TP, esto es, en lo relativo a la fuerza del enunciado probatorio. Cuestionaré la plausibilidad de concebirlo como enunciado descriptivo, al menos frente a ciertas asunciones generalizadas de los autores que se ocupan del

⁵ FERRER BELTRÁN, 2001. También buena parte de FERRER BELTRÁN, 2002, se ocupa de este asunto en idénticos términos.

⁶ FERRER BELTRÁN, 2001: 84; FERRER BELTRÁN, 2005: 35.

⁷ FERRER BELTRÁN, 2007: 19.

⁸ Esta misma idea parece tener CARACCILO cuando afirma que, considerar que la condición de justificación de la decisión-norma es la satisfacción del procedimiento probatorio (y no la verdad de la proposición tenida como probada) implica «sustituir en la evaluación de las sentencias una clase de proposiciones empíricas por otras», es decir, la proposición empírica *p* por la proposición (también entendida como empírica) «está probado que *p*» (CARACCILO, 2000).

⁹ Cfr. FERRER BELTRÁN, 2001: 86-91.

asunto y, sobre todo, ante ciertas constataciones de la práctica judicial de la que ellos pretenden dar cuenta, *i. e.* la de *acceptar* justificadamente enunciados fácticos como probados.

Intentaré, en primer lugar (1.) aclarar mínimamente y sólo a efectos introductorios la cuestión de la fuerza de los enunciados distinguiendo entre enunciados descriptivos y enunciados normativos. Tanto la terminología cuanto los criterios de esta distinción se estipulan pretendiendo adecuarse a la TP tal como FERRER BELTRÁN la formula así como también a sus presupuestos de base. Dicha tesis será más detalladamente reconstruida al final de ese primer apartado.

Discutiré luego la TP, esto es, la plausibilidad de concebir al enunciado probatorio como descriptivo, sobre la base de dos argumentos conectados entre sí: uno (2.) relativo a la índole de las razones disponibles para la justificación de ese enunciado en los ordenamientos jurídico-procesales actuales y el otro (3.) relativo a la entidad de aquello que mediante el proferimiento del enunciado probatorio pretende justificarse dentro de la decisión judicial en esta clase de ordenamientos. Es decir, uno de los argumentos recurre a la índole de las razones que pueden aducirse en favor del enunciado probatorio, el otro, a la índole de razón que el enunciado probatorio mismo parece configurar.

Por último (4.) ensayaré sobre la base de lo expuesto una reformulación provisional de la tesis pragmática proponiendo concebir a los (proferimientos de) enunciados probatorios como constitutivos.

1. LAS FUNCIONES DEL LENGUAJE Y LA FUERZA DE LOS ENUNCIADOS

Es usual situar en el *signo de aserción* de Gottlob FREGE el factor de inspiración de quienes posteriormente llevaron a cabo lo que hoy se conoce como «giro pragmático» en la filosofía del lenguaje. Frecuentemente se destaca en esta orientación, acaso como corolario de ese giro, el trabajo de J. L. AUSTIN¹⁰, especialmente por su concepto de *fuerza ilocutoria* a través del cual podría darse respuesta a la pregunta ¿qué *hace* el emisor mediante la enunciación de un determinado enunciado? Es precisamente a esto que Jordi FERRER BELTRÁN hace referencia en vistas a dilucidar la fuerza de los enunciados probatorios: él quiere responder a la pregunta «¿[q]ué ha hecho el juez cuando ha emitido “Está probado que *p*”?»¹¹.

Para muchos, a diferencia del significado, la fuerza sería una propiedad de las enunciaciones (no de los enunciados), de modo que ella se manifestaría en cada instancia de emisión del enunciado¹². Sin embargo, desde una concepción del significado como determinado, al menos en alguna medida, por el *uso*, semántica y pragmática no parecen poder correr por carriles totalmente independientes. Un modo de configurar esa relación identifica la *función* de un enunciado con la «fuerza típica» de sus instan-

¹⁰ *Cfr.*, por ejemplo, PENCO, 2010: 161-164.

¹¹ FERRER BELTRÁN, 2001: 74.

¹² *Cfr.* las caracterizaciones de fuerza y significado de HART, 1966: 136; SCARPELLI, 1967: 467; TARELLO, 1967: 423 y 426-427.

cias (*i. e.* la fuerza identificada en la iteración de enunciaciones), al tiempo que es esa función la que determina, al menos en alguna medida, el significado¹³.

Asumiré por hipótesis esta configuración tratando de mostrar que las enunciaciones de enunciados probatorios en determinados contextos sólo pueden tener una determinada fuerza que será, por ello, la función de esos enunciados. Por lo dicho antes, se sostendrá además que esas consideraciones en torno a la TP tienen incidencia también sobre la TS.

Pues bien, a grandes rasgos y en lo que aquí interesa, podría decirse que con el giro pragmático se desplazó del centro de la escena filosófica —o por menos se disputó la exclusividad dentro de ella— a los enunciados calificados por el signo de aserción fregeano: aquellos a veces llamados «indicativos» y que aquí serán identificados acaso algo vagamente como «descriptivos»¹⁴. En términos generales, se puede estipular que ellos se caracterizan por: *a)* ser (sólo ellos) expresivos de proposiciones con valor de verdad o falsedad; *b)* depender su justificación de la presencia de razones teóricas: pruebas que demuestren que las palabras se adecúan al mundo¹⁵, es decir, que aquello que se afirma y (eventualmente) se cree es verdad¹⁶; *c)* por tanto, ser típicamente idóneos para el emisor con fuerza asertiva, indicativa, descriptiva, etc., en suma, para expresar que algo *es* el caso, cómo las cosas *son* (*e. g.* de que Brutus mató a César).

Al tiempo que la función descriptiva de los enunciados se mostraba como una más de las posibles funciones (filosóficamente relevantes) del lenguaje, muchos filósofos comenzaron consecuentemente a centrar su atención (a veces con exclusividad) en los rasgos distintivos de los diversos tipos de enunciados, en las diversas acciones lingüísticas que ellos permiten llevar a cabo (*i. e.* las diversas fuerzas), en los métodos para identificarlas, en sus propiedades lógicas, etc.¹⁷. A los efectos de este trabajo alcanzará con contraponer a los enunciados descriptivos (o indicativos) aquellos otros en ocasiones llamados «imperativos», y que aquí serán tratados acaso demasiado vagamente como «normativos»¹⁸. Estipularé en lo que sigue su caracterización según: *a)* sean expresivos —en sentido lato— de prescripciones, lo cual, en lo que aquí interesa, puede manifestarse indistintamente a través de imperativos, preceptos o juicios de valor, poniendo este trabajo el foco de atención en estos últimos¹⁹; pero en cualquier caso, careciendo todos ellos de valor de verdad o falsedad²⁰; *b)* depender su justificación

¹³ Creo pueda comprenderse en esta orientación la siguiente caracterización de la fuerza ilocutoria: «*La forza illocutoria esplicita di un enunciato è, per così dire, la componente pragmatica del significato dell'enunciato: è ciò che indica quale atto illocutorio può essere compiuto, in concrete circostanze, mediante enunciazioni letterali ("literal utterances") dell'enunciato stesso*» (CHIASSONI, 2000: 21). *Vid.* también GIANFORMAGGIO, 1967, y las consideraciones de VON WRIGHT, 2010: 61. Como fuere, en adelante no tendré en cuenta la distinción entre enunciado y enunciación en relación a la fuerza por no ser determinante a los efectos de este trabajo. Creo que aun si la fuerza fuere una propiedad exclusiva de las enunciaciones, las ideas aquí defendidas podrían adaptarse a tal circunstancia.

¹⁴ Sobre la oportunidad de esta terminología, ROSS, 2009 (1968): 7-8, 71.

¹⁵ GASCÓN ABELLÁN, 1999: 216; GONZÁLEZ LAGIER, 2005: 98; REDONDO, 1996: 48.

¹⁶ *Cfr.* RAZ, 2011: 41.

¹⁷ *Vid.*, por ejemplo, los trabajos de AUSTIN, 1975; SEARLE, 1992.

¹⁸ *Vid.* HARE, 1971: 7.

¹⁹ Sobre estas distinciones *vid.* MUFFATO, 2007: 425. Un uso «prescriptivo» en este sentido amplio puede encontrarse en CHIASSONI, 1998.

²⁰ Esto comporta, claro está, asumir una posición moral no-cognitivista. Creo que hay buenas razones para atribuirle esta misma postura a muchos de los autores que conciben al enunciado probatorio como enun-

de la presencia de razones prácticas, es decir, de aquellas que pretenden e impulsan la adecuación del mundo a las palabras, de razones para la acción; *c*) ser típicamente idóneos para el emisor con fuerza prescriptiva, preceptiva, valorativa, etc., en suma, para expresar que algo ha de ser el caso, cómo las cosas *deben ser* (e. g. de que «Brutus debe ser encarcelado» o que «es bueno, justo, deseable, etc., que así sea»).

En los trabajos referidos, como se adelantó, FERRER BELTRÁN defiende la tesis pragmática según la cual los enunciados probatorios expresan «proposiciones descriptivas acerca de la ocurrencia de un determinado hecho», a saber: «La presencia en el proceso de elementos de juicio suficientes a favor de “*p*»²¹. En consecuencia «este enunciado será verdadero cuando se disponga de elementos de juicio *suficientes* a favor de *p* y falso cuando no se disponga de elementos de juicio a su favor o éstos sean *insuficientes*, todo ello con independencia de la verdad o falsedad de la proposición *p*»²².

Por lo demás, como se adelantó, FERRER BELTRÁN descarta en su análisis dos tesis alternativas concernientes a la *fuera* del enunciado probatorio, a saber: *b*₁) la que lo concibe como *constitutivo* en sentido kelseniano, lo cual rechaza sobre todo por conducir aparentemente a la infalibilidad del juzgador; y *b*₂) la que lo concibe como enunciado *normativo* sobre la base de ciertas tesis de OPPENHEIM basadas, a grandes rasgos, en el implicar el enunciado probatorio la aplicación de conceptos jurídicos y en el formar parte ese enunciado de un razonamiento (*i. e.* la decisión judicial) con conclusión normativa.

Aunque oportunamente se avanzará sobre el punto, creo sea conveniente adelantar aquí que, aunque ciertamente implausibles, ninguna de esas dos tesis parece una genuina alternativa a la TP. En efecto, tanto la tesis de la constitutividad cuanto la de la normatividad traídas a colación, incluso en la reconstrucción que de cada una de ellas ofrece FERRER BELTRÁN, parecen más bien referentes al enunciado fáctico, no al probatorio²³. De hecho, buena parte de las críticas dirigidas a KELSEN sobre el particular han apuntado a la noción de constitutividad como relativa a *los hechos*, y no como referente a la prueba²⁴. La cuestión no parece diversa en relación a la tesis de OPENHEIM: en efecto, incluso en la reconstrucción de FERRER BELTRÁN, ella estaría dirigida a negar la distinción entre *quaestio iuris* y *quaestio facti*, entre enunciado normativo y enunciado fáctico (no probatorio)²⁵.

Sea como fuere, asumiendo por hipótesis la TP según la cual el enunciado probatorio tiene fuerza descriptiva, justificarlo implicaría, de conformidad a cuanto se dijo, dar razones teóricas en favor de su verdad, demostrar que es el caso que hay elementos de juicio y que ellos son además suficientes en favor de *p*. En definitiva, se trata es de *probar* que «está probado que *p*».

ciado descriptivo. En cualquier caso, la tesis que aquí se defenderá —y en buena medida la distinción descriptivo/prescriptivo— depende de la asunción del no-cognitismo.

²¹ FERRER BELTRÁN, 2001: 79, *vid.* especialmente nota 8.

²² *Ibid.*, 85. Sobre estas dos «alternativas» de falsedad deberá volverse en el apartado 4 ya que resultan sumamente significativas para lo que aquí pretende mostrarse.

²³ *Cfr.* KELSEN, 2009 (1960): 248-249.

²⁴ Por todos, BULYGIN, 1995: 20; CARACCILO, 2000; CELANO, 1995, e incluso FERRER BELTRÁN, 2001: 76-77, induce a esta interpretación de la tesis kelseniana.

²⁵ En este sentido también MAZZARESE, 1995.

2. LAS RAZONES DE LA PRUEBA

Es una tesis muy arraigada en la teoría jurídico-procesal, así como también una práctica judicial (al menos discursiva) fácilmente verificable, aquélla según la cual el umbral de *suficiencia* probatoria en favor de un determinado enunciado fáctico depende, y debe depender, del tipo de decisión a adoptar. De este modo, al tiempo que *p* podría estar probado en sede civil, podría no estarlo en sede penal; o podría estarlo si denotase un delito que previese una cierta pena pero no si implicase otra; o si conllevara una restricción cautelar leve a un determinado derecho, mas no si esa restricción fuere de mayor entidad, etc. De este modo, «está probado que *p*», como enunciado descriptivo, sería verdadero en algunos contextos y falso en otros: esto dependerá naturalmente del *estándar de suficiencia* que corresponda aplicar según el caso o clase de casos a decidir²⁶.

Suele afirmarse que esto es así, y que es deseable que así sea, dado que los riesgos de error de tener por probados enunciados fácticos falsos (*falsos positivos*) o de tener por no probados enunciados fácticos verdaderos (*falsos negativos*), no son tienen la misma entidad en todas las (clases de) decisiones y que, por tanto, no deben ser tratados del mismo modo: mientras más moralmente indeseable sea el falso positivo (*e. g.* la condena penal de un inocente) más exigente será (y debe ser) el estándar de prueba, y viceversa. De allí que se afirme hoy bastante pacíficamente que el estándar de prueba es y/o debe ser función de un *juicio moral* que distribuye el riesgo de error de acuerdo a los valores en juego. Se asume además que el derecho no se conforma con aceptar la hipótesis mejor probada (o al menos no en todos los casos), debiendo satisfacerse aquello que Juan Carlos BAYÓN algún tiempo atrás llamó «sensibilidad más que mínima» respecto a la distribución del riesgo de error²⁷.

Parece entonces claro que «la verdad» de «está probado que *p*» dependerá en todos los casos del estándar de prueba aplicable: el enunciado será verdadero toda vez que se encuentren satisfechas las exigencias del estándar que corresponda aplicar según el tipo de decisión adoptar. Y parece claro también que un estándar de prueba es una *norma* producto de la consideración o serie de consideraciones morales según las cuales es justo, en el contexto de decisión de que se trate, ese criterio de suficiencia, esa distribución de riesgo de error²⁸.

Esto podría ser ya una tentación para afirmar sin más que el enunciado probatorio es (al menos en algún sentido) normativo y no descriptivo: por ser resultado de

²⁶ Por todos, FERRER BELTRÁN, 2007: 83; FERRER BELTRÁN, 2012: 145-146. Si bien recientemente se dijo que la cultura jurídica «continental» no está familiarizada con la idea de «estándar de prueba» alegándose que «lo más similar a los estándares de prueba serían bien las reglas de valoración de la prueba [...], bien las construcciones jurisprudenciales» (LLUCH, 2012: 200), creo que ello es engañoso por dos razones. Primero, porque independientemente del nombre que se le dé, un criterio de suficiencia probatoria es indispensable *cualquiera sea el sistema de valoración de la prueba* (sistema que, por lo demás, es también indispensable como se verá en el apdo. 2.1). Segundo, y trivialmente, porque hace ya muchos años que la terminología ha comenzado a usarse en legislación, jurisprudencia y doctrina «continental»; no sólo en términos generales (*i. e.* «estándar de prueba») sino también en términos particulares (*e. g.* estándar del «más allá de toda duda razonable», etc.).

²⁷ Esto es, el estándar no puede limitarse a repartir el riesgo de error por igual entre las partes involucradas, sin requerir que esa confirmación supere un determinado umbral (BAYÓN MOHINO, 2009: 23-24).

²⁸ Podría decirse que «está probado que *p*» está justificado toda vez que sea *verdad* «está probado que está probado que *p*» pero este recurso llevaría, claro está, a una regresión al infinito.

la aplicación de una norma. Sin embargo, no es esto lo que aquí quiere defenderse. Sobre todo porque implicaría banalmente concebir como *normativo*, y por tanto ni verdadero ni falso, a todo enunciado resultante de la aplicación, por ejemplo, de ciertas normas definitorias o constitutivas, tales como «Luca es mayor de edad», «Ana y Pedro están casados» o «Stanley es un ciudadano americano», todos los cuales parecen poder afirmarse intuitivamente como verdaderos o falsos²⁹.

Si bien esto es discutible, concederé a los efectos de este trabajo que en estos casos puede hablarse con sentido de enunciados descriptivos, aun cuando su verdad o falsedad dependa de la aplicación de normas que determinan las condiciones ante las cuales se adquiere la mayoría de edad, se adquiere un cierto estado civil, se obtiene la ciudadanía de tal o cual estado, etc.³⁰. Y aunque más dudoso aún, concederé también a estos efectos que puedan considerarse genuinamente descriptivos los enunciados resultantes de la aplicación de predicados *prima facie* valorativos cuyas condiciones de aplicación estén determinadas previamente: por ejemplo, si hubiere una norma jurídica que determinase que las condiciones fácticas *p*, *q* y *r* cuentan como «deshonestidad», «daño injusto», «buen padre de familia» o, ¿por qué no?, «prueba suficiente». Por tanto, allí donde alguien emitiese una enunciación según la cual «*a* es una acción deshonestas», «*d* es un daño injusto», «*f* es un buen padre de familia» o «hay prueba suficiente en favor de *p*», sobre la base de la conjunción formada por la norma y las condiciones fácticas, pues podría decirse que emitió un enunciado descriptivo, neutral³¹.

Hechas estas concesiones, corresponde entonces preguntarse, sobre la base de los estándares de suficiencia jurídicos en concreto, en qué sentido puede concebirse al enunciado probatorio como enunciado descriptivo. Esto exige algunas precisiones previas.

2.1. Sistemas de valoración de la prueba y justificación de «está probado que *p*»

La cuestión de la justificación del enunciado probatorio remite insoslayablemente a aquello que la tradición procesalista, principalmente la «continental», suele tratar bajo el acápito de «sistemas de valoración de la prueba», esto es, los métodos a través de los cuales asignar peso probatorio (en el contexto de decisión correspondiente) a cada elemento de juicio y, sobre todo, al conjunto de los elementos con que se cuenta para determinar, en última instancia, si está o no probado que *p*. Esta determinación supone ciertamente un estándar de suficiencia, pero la identidad e idoneidad de este último parecen insoslayablemente enlazadas al sistema de valoración en relación al cual se aplique.

²⁹ Aun cuando «no empíricos» o «no puramente empíricos» (BULYGIN, 1995: 31).

³⁰ Ésta es además la idea que parece tener en mente FERRER BELTRÁN cuando rechaza la postura de OPENHEIM. Él dice, en efecto, que «la pertenencia de una definición a un sistema normativo no implica que ésta tenga fuerza normativa». Si bien creo que *la definición* sí es normativa en un sentido relevante, se concede que el enunciado producto de su aplicación pueda tenerse como descriptivo y pueda por tanto decirse que son «objeto de verdad o falsedad enunciados como: “Este billete es de cinco mil pesetas”» (FERRER BELTRÁN, 2001: 79).

³¹ *Vid.* NAVARRO, 2008. A esto llamaban ALCHOURRÓN y BULYGIN «uso secundario de los términos valorativos» (ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1991: 315-316).

Esta interdependencia entre estándar y sistema de valoración se da porque, por un lado, si bien el sistema de valoración determina qué es lo que cuenta para la decisión, y cómo ello ha de medirse, nada dice en relación a qué medida de aquello que cuenta es suficiente para la adopción de una tal decisión; para esto, se requiere de un estándar de prueba. Pero por el otro lado, la efectiva operatividad del sistema de valoración de la prueba depende de que el estándar de suficiencia se formule en términos de correspondencia con él, esto es, de que determine la decisión probatoria sobre la base de lo que el sistema de valoración establece como determinante.

En cualquier caso, antes de presentar a los sistemas de valoración que la cultura jurídica suele contemplar como alternativas, parecen oportunas dos aclaraciones adicionales. En primer lugar, todo sistema de valoración es «legal» en el sentido (débil) de ser el sistema de valoración establecido por el ordenamiento jurídico-procesal. En segundo lugar, se entiende aquí solamente por sistema de valoración al método de asignación de peso probatorio al «conjunto de elementos de juicio» (o a cada elemento de juicio dentro del conjunto) ya conformado. Esto deja fuera de la órbita de tratamiento del presente trabajo a las reglas que rigen el momento de la «conformación del conjunto de elementos de juicio» y sus «filtros»³².

Pues bien, los autores suelen reducir los sistemas de valoración de la prueba jurídicos a una tricotomía:

a) El sistema de *prueba legal* (en sentido fuerte): donde es el legislador a través del establecimiento de reglas rígidas quien determina cuánto peso tiene cada elemento de juicio así como también cuándo un conjunto de elementos de juicio es suficiente para tener por probado al enunciado fáctico. En otras palabras, el legislador establece las condiciones fácticas concretas ante las cuales «está probado que *p*». Este sistema tiene la virtud de adaptarse fácilmente al establecimiento de diversos estándares para diversos (tipos de) decisiones. Sin embargo, suele decirse, tiene el defecto de ser demasiado rígido cuando no arbitrario³³ y, en todo caso, ha perdido terreno en la mayoría de los sistemas procesales, si no en todos³⁴. Cabe en cualquier caso llevar a cabo una distinción entre dos posibilidades de sistemas de prueba legal (en sentido fuerte):

a.1) Un sistema que podríamos denominar *taxativo*, clásico, en el que ordinariamente se piensa cuando se habla de «prueba legal», donde el legislador fija exactamente qué medios probatorios prueban qué enunciados fácticos, careciendo el juez de toda injerencia en el razonamiento probatorio³⁵.

³² La terminología es de FERRER BELTRÁN, 2007: 42 y ss. Sobre la conformación o construcción del conjunto de pruebas, ANGELETTI, 2012; DANIELE, 2009.

³³ La arbitrariedad radicaría en la imposibilidad de contemplar otras circunstancias con relevancia epistémica más allá de las que el legislador haya establecido *a priori* como relevantes. Por lo demás, el rechazo se debe a la identificación de este método de valoración de prueba con el sistema de enjuiciamiento inquisitivo (por todos, FERRAJOLI, 2005: 136; MAIER, 2004).

³⁴ Ciertamente, persisten en los diversos ordenamientos procesales, en general a modo de excepción al sistema de valoración que rige por defecto, ciertas reglas de prueba legal. En especial, algunas presunciones legales (e. g. la presunción *iuris et de iure* de ausencia de consentimiento en los casos de relaciones sexuales mantenidas con menores de cierta edad, etc.). Algunos otros ejemplos, en especial relativos a la legislación italiana, en DANIELE, 2009: Cap. IV.

³⁵ Por ejemplo: «La confesión del imputado es suficiente para tener por verdadero al hecho que se le atribuye»; «el testimonio de dos testigos (con tales y tales características) acredita el hecho», etcétera.

a.2) Un sistema que podríamos denominar *estandarizado*, donde el legislador no dice qué medios de prueba acreditan qué enunciados fácticos, sino que deja librado el razonamiento probatorio al juez de acuerdo a la epistemología general (de modo tal que este sistema es, como se verá, una combinación entre el legal y la sana crítica racional), pero estableciendo diversos estándares de suficiencia para diversas (clases de) decisiones, estándares formulados en términos epistémicos³⁶.

b) El sistema de la *íntima convicción*: donde son los estados subjetivos de convicción del decisor los que determinan el peso de los elementos de juicio para tener por probado un enunciado fáctico. Así, un estándar de prueba acorde a este sistema podría determinar que si el decisor se siente, por ejemplo, «convencido» o «bastante seguro» entonces «está probado que *p*». Por cierto, el estado de convicción relevante puede ser determinado por el legislador, disponiéndose que para tal o cual (tipo de) decisión ha de alcanzarse tal o cual estado de convicción (*e. g.* certeza, probabilidad subjetiva, duda, etc.). De este modo, se adecua también a la pretendida necesidad de fijar diversos estándares (*i. e.* diversos estados subjetivos de convicción) según la valoración acerca de la distribución del riesgo de error.

Sin embargo, uno de los problemas que suele enfatizarse en relación a este sistema de valoración es que la ausencia del estado subjetivo relevante implica ausencia de prueba y, precisamente, una de las circunstancias de las que los teóricos quieren dar cuenta es de aquella en que el decisor *debe* tener por probado al enunciado fáctico a pesar de no estar convencido, de no creer en la verdad del enunciado, o incluso estando convencido de, o creyendo en, su falsedad. Por lo demás, este sistema suele concebirse (y presentarse en la práctica) como deslindado de la necesidad de dar razones epistémicas en favor del enunciado fáctico de que se trate, sin importar con qué y con cuántos elementos de juicio se cuente³⁷. Ello, se afirma, lo torna un sistema eminentemente subjetivo e irracional, lo que ha llevado a su rechazo por parte de los teóricos y, al igual que el sistema precedente, a perder terreno en los diversos ordenamientos jurídico-procesales³⁸.

c) El sistema de la *libre convicción* también conocido como sana crítica racional (SCR): donde no hay reglas jurídicas que determinen la valoración de la prueba ni es-

³⁶ Jordi FERRER BELTRÁN, a quien agradezco la sugerencia de esta distinción, se manifestaba a favor de sistemas de valoración de este tipo, con una visión particularmente optimista acerca de la posibilidad de formular estándares objetivos en términos meramente epistémicos. Esta orientación se deja ver sobre todo en FERRER BELTRÁN, 2013. La posibilidad de llevar a cabo tales formulaciones en términos objetivos es una cuestión de central importancia. Si bien no se discutirá directamente sobre ello en este trabajo, quedarán expuestas algunas de las dificultades a que esas pretensiones se enfrentan. Por lo demás, como se verá más adelante, la diferencia entre este tipo de sistemas y los de sana crítica racional se reduciría, estando así las cosas, a la presencia de uno o varios estándares *objetivos* establecidos por el legislador.

³⁷ Ésta sería una manifestación de lo que algunos consideran una confusión de la «prueba como persuasión» con la «prueba como conocimiento» (*cf.* GASCÓN ABELLÁN, 2003: 45; TARUFFO, 2003: 32; TARUFFO, 2010: 31).

³⁸ El sistema es «irracional» en el sentido de *prescindir* de razones. Sin embargo, el que sus resultados (*i. e.* los estados de convicción que determinan el «estar probado») sean irracionales es una cuestión empírica y, por ello, contingente y no necesaria. En efecto, de la prescindencia de razones no se sigue que el estado de convicción sea necesariamente irracional. Aunque las razones sean irrelevantes, pudiéndose dar el caso de convicción irracional y aun así «estando probado que *p*», también podría ciertamente darse el caso de convicción o creencia *motivada* por razones epistémicamente aceptables (sobre la idea de «razón motivacional», *cf.* RAZ, 2011: 98).

tados subjetivos a que quede enlazada la suficiencia probatoria³⁹. Más precisamente, la única regla jurídica relevante es aquella que determina que la valoración de la prueba ha de justificarse de acuerdo a las reglas de la SCR, es decir, las de la epistemología en general, «las reglas del correcto entendimiento humano»⁴⁰; brevemente: las de la lógica (entre ellas el principio de razón suficiente) y la experiencia común⁴¹. Éste es el sistema adoptado por la mayor parte de (quizás todos) los ordenamientos procesales vigentes y, en todo caso, en este sistema, tal como aquí se lo ha caracterizado, me centraré en lo que sigue⁴².

Llevado al marco de la decisión judicial, este último sistema permitiría eliminar el factor de subjetivismo incontrolable del sistema precedente, la rigidez del sistema de la prueba legal (clásico) y, especialmente, la eventual arbitrariedad de ambos. En otras palabras, independientemente de los estados subjetivos del decisor y de las reglas del legislador, siempre sería necesario someter a p a deliberación racional-epistémica. En este sentido, a diferencia de lo que sucede en la *íntima convicción*, el decisor podría creer que p y, sin embargo, p no estar probado por carecer su creencia de justificación epistémica. A la inversa, podría no creer que p (o creer que $\neg p$) y haber, sin embargo, prueba suficiente desde el punto de vista epistémico para la creencia en p .

En esta orientación, de conformidad con la tesis de la actitud proposicional (TA), se ha sostenido que es incluso conveniente prescindir de los estados subjetivos del juzgador explicándose más adecuadamente la justificación de los enunciados fácticos (al menos en algunos contextos) recurriendo a la noción de *aceptación* de ellos cual si fueren verdaderos⁴³. La aceptación, por su parte, de conformidad con la tesis pragmática (TP), estaría justificada toda vez que fuera «verdad» que «hay elementos de juicio suficientes en favor de p ». Esto no quiere decir que los estados subjetivos de convicción sean necesariamente irrelevantes, dado que la SCR podría conjugarse con la exigencia de que el decisor alcance tal o cual estado convictivo. La particularidad es que la premisa fáctica sobre la que recae el estado subjetivo de convicción eventual-

³⁹ «Free proof» means an absence of formal rules that interfere with free enquiry and natural or commonsense reasoning» (TWINING, 1990: 195). De allí que se lo defina como «criterio metodológico negativo» (GASCÓN ABELLÁN, 2004: 158). Con esta caracterización pretendo comprender tanto los sistemas de *common law* como a los continentales que adopten a la SCR tal como aquí se la concibe. No es óbice para ello el que en el *common law* los jueces impartan ciertas indicaciones a los jurados que han de decidir, indicaciones que suelen ser precisamente acerca de las reglas epistemología general y de los estándares de suficiencia aplicables según el contexto (e. g. «use el sentido común»; «Ud. no tiene obligación de creer en todas las pruebas pero trate de darles un sentido», etc. Cfr. ALLEN, 2013: 56).

⁴⁰ COUTURE, 1958: 270.

⁴¹ Entre los procesalistas suele agregarse a las «reglas de la psicología», pero no tengo del todo claro qué reglas epistemológicas aceptables use la psicología para fundar sus aserciones que no sean las de la lógica y la experiencia. Si las hubiere cabría preguntarse en qué sentido son aceptables, pero en cualquier caso esto puede dejarse de lado aquí.

⁴² Prescindiré de la exigencia de motivación explícita de las razones que sustentan al razonamiento probatorio como propiedad definitoria del sistema de valoración racional (cfr. MAIER, 2004: 871). Ello sobre todo porque estas exigencias no suelen darse en los sistemas de *common law* cuyos límites pretenden alcanzarse con este análisis.

⁴³ De hecho, como antes se dijo, se ha sostenido incluso que es imperioso entender que la actitud proposicional del decisor frente al enunciado fáctico es la de *aceptación*: dado que la creencia (y también a certeza, etc.) serían estados involuntarios y por tanto injustificables; pudiendo sólo justificarse acciones voluntarias (FERRER BELTRÁN, 2001: 88).

mente estipulado como condición coadyuvante, será *acceptable* si, y sólo si, «es verdad» que *hay pruebas suficientes* en relación a ella.

Veamos entonces en qué sentido puede decirse que «es verdad» que haya pruebas suficientes a favor de un enunciado fáctico, *i. e.* que «esté probado que *p*», en el marco de cada sistema de valoración y de sus posibles estándares de prueba. Ello, claro está, a los fines de dilucidar si es efectivamente plausible afirmar que el enunciado probatorio (o mejor, la enunciación de «está probado que *p*» en cada sistema) tiene fuerza descriptiva.

2.2. Sistemas de valoración de la prueba y fuerza de «está probado que *p*»

Parece en principio sencillo decir en qué consiste el hecho de haber Brutus matado a César (e inclusive de haber Brutus «cometido homicidio») y, por tanto, imaginar qué tiene que suceder o haber sucedido en el mundo para que ello sea verdad. Pero ¿qué tiene que suceder o haber sucedido en el mundo para que sea verdad que «hay pruebas suficientes en favor de que Brutus mató a César»?

Si el sistema de valoración de la prueba fuese el legal (en sentido fuerte), taxativo o estandarizado, pareciera plausible concebir a la regla o al conjunto de reglas que determinan el criterio de suficiencia como reglas constitutivas. En este sentido, en todos los casos en que se diesen los presupuestos normativamente previstos entonces se *constituiría* el hecho de estar probado que *p*⁴⁴. Lo mismo podría decirse, quizás con algunas reservas, si el sistema jurídicamente aplicable fuera el de la *íntima convicción*. Frente a él, en todos los casos en que se diese el estado de convicción legalmente relevante (*e. g.* la certeza, la convicción plena, etc.) se *constituiría* (por medio de la regla que determina que dado ese estado convictivo *hay prueba suficiente*) el hecho de estar probado que *p*⁴⁵. En ambos casos afirmar que «está probado que *p*» tendría fuerza descriptiva: sería un enunciado descriptivo de un hecho (institucional, por cierto)⁴⁶, y sería verdadero toda vez que se hayan dado las circunstancias legalmente relevantes para su constitución y falso cuando ello no haya acontecido⁴⁷.

⁴⁴ Esta idea está presente en CELANO, 1995: 145.

⁴⁵ Sin embargo, más allá de la posibilidad de pensar en estos términos acerca de los estados subjetivos de convicción, lo cierto es que determinar qué implica cada uno de ellos es algo sumamente dificultoso. Piénsese solamente en los términos *certeza*, *duda*, *estar seguro*, *probabilidad* (entendida aquí, claro está, como estado subjetivo), etc. Esto se complica todavía más dadas las dificultades de comprobación de haberse efectivamente producido el estado convictivo, asumiendo por hipótesis que el mismo estuviese más o menos definido. Esto conduce al problema de la asimetría entre auto-atribución de estados mentales y la atribución y prueba por parte de terceros. La cuestión no puede ser abordada en este trabajo (*cf.* GONZÁLEZ LAGIER, 2003b; GONZÁLEZ LAGIER, 2004).

⁴⁶ SEARLE, 1992: 80-84.

⁴⁷ Obsérvese de todos modos que, paradójicamente, FERRER BELTRÁN descarta el caso de los sistemas de prueba legal (en sentido fuerte) como adecuados con la «tesis descriptivista». Él dice: «Creo que únicamente las reglas que establecen supuestos de prueba legal suponen un claro desafío para la concepción descriptivista que se está analizando. En mi opinión, no obstante, una buena forma de concebir esas reglas es la de entenderlas como reglas que establecen ficciones: la ficción de que dado un hecho X, entonces está probado otro hecho Y. Como tales ficciones, ese tipo de reglas sí pueden entenderse como reglas constitutivas» (FERRER BELTRÁN, 2001: 81). Así se las ha concebido aquí, pero precisamente en favor de la concepción descriptivista. «Está probado que *p*» sería una descripción de un hecho *institucional* constituido por la regla del mismo modo que

Sin embargo, las cosas parecen algo diferentes en el sistema de la SCR tal como hoy suele concebirse y ponérselo en práctica, sobre todo por dos razones. En primer lugar, por tratarse de un sistema de valoración de la prueba impotente para proporcionar por sí mismo uno o varios límites de suficiencia con «sensibilidad más que mínima». Por el otro, y al menos en principio, por estar libre de ligámenes normativo-jurídicos que fijen ese o esos límites o que al menos sirvan de auxilio para fijarlos. Veamos estos puntos con mayor detalle.

2.2.1. *La insensible epistemología*

Es un lugar común entre filósofos, epistemólogos y juristas el de reconocer que las reglas de la epistemología, en cualquier contexto empleadas, son indefectiblemente falibles, dado que toda proposición apoyada en pruebas es en todo caso falsable⁴⁸. En este sentido, parece haber acuerdo acerca de que las reglas de la epistemología sirven de ayuda para determinar cuándo, independientemente del estado subjetivo del decisor, la *aceptación* de un enunciado fáctico está injustificada por irracional⁴⁹. Pero se reconoce paralelamente que esas reglas son inaptas para proporcionar un criterio cualquiera que permita determinar (no ya *la verdad* de un enunciado fáctico sino) cuándo un conjunto de elementos probatorios resulta *epistémicamente suficiente* para la aceptación de ese enunciado, esto es, cuán probable, aproximado, verosímil, etc., *debe* ser el razonamiento probatorio. En este aspecto, las dificultades son, al menos, de dos tipos: una consiste en la determinación de las unidades de medida del grado probatorio de las hipótesis y la otra, conectada con ella, consiste en la determinación del nivel de suficiencia probatoria sobre la base de esas unidades de medida.

1. La cuestión de las unidades de medida sobre cuya base formular un (cualquier) estándar de suficiencia para la SCR conduce a la discusión en torno a la noción de *probabilidad* que claramente no puede ser abordada aquí. A título meramente ilustrativo basta con mencionar que salvo algunas excepciones, la así llamada *probabilidad pascaliana* no ha desempeñado hasta hoy un papel muy relevante, al menos no en los ordenamientos «continentales», ni como modelo teórico explicativo del razonamiento probatorio en el marco de la decisión judicial, ni como guía de tales razonamientos en la práctica⁵⁰. Esta dificultad parece sorteada entendiendo a la probabilidad como

el enunciado «Luca es mayor de edad» [dada la regla jurídica que establece —constituye— la mayoría de edad de las personas (x) cuando cumplen dieciocho años (y)].

⁴⁸ Cfr. POPPER, 2009 (1969): 399. De allí la insistencia, también entre juristas, acerca de la relación entre enunciado fáctico y prueba como una mera relación de *probabilidad, aproximación, verosimilitud, razonabilidad*, etc. Por todos, COHEN, 1977: 121; FERRAJOLI, 2002: 26-27; GASCÓN ABELLÁN, 1999: 217; GONZÁLEZ LAGIER, 2005: 66; TARUFFO, 2009: 90.

⁴⁹ Por ejemplo, por «no haber pruebas», por violación de alguna regla lógica, etcétera.

⁵⁰ Las excepciones están constituidas principalmente por dos líneas de pensamiento que han tenido particular repercusión en el ámbito jurídico-filosófico, especialmente en el *common law*; pero casi siempre con pretensiones (a veces explícitamente) normativas, por tanto, inaptas para *dar cuenta* de lo que los jueces efectivamente hacen. Estas dos posiciones son: i) la que interpreta a la probabilidad como *frecuencia relativa* de eventos [probabilidad entendida como *diádica: i. e.* la cantidad de A que son B. Cfr. REICHENBACH, 1968 (1930): 113] pretendiendo formular al criterio de suficiencia en términos estadísticos [cfr. PARDO, 2013: 104, algunas críticas al uso de estadísticas aunque no siempre en relación al estándar de prueba en COHEN, 1977: 74; COHEN, 1998 (1989): 58; FERRER BELTRÁN, 2007: 98; GASCÓN ABELLÁN, 2004: 170; PARDO, 2013: 109-

soporte lógico-inductivo que la prueba brinda a la hipótesis desde una perspectiva *baconiana*⁵¹: apoyo inductivo (no calculable matemáticamente) en función de la capacidad explicativa de la hipótesis respecto a los datos con que se cuenta y a la variedad de variables o pruebas que ella supera satisfactoriamente⁵².

Sin embargo, el método conduce indefectiblemente a una «situación típica» de contraste entre diversas hipótesis *plausibles* comparables entre ellas en función del grado de apoyo inductivo, pero sin ser posible la cuantificación del grado de apoyo de cada una de ellas independientemente⁵³. De allí que se haya sostenido que lo máximo que la epistemología ofrece es la «inferencia a la mejor explicación»⁵⁴, noción que sería adecuada tanto para describir la práctica judicial (y quizás la epistemología en general) en lo relativo a la aceptación de enunciados fácticos, cuanto para proporcionar ciertos criterios normativos de comparación (y para algunos inclusive de selección) de hipótesis fácticas «probablemente verdaderas»⁵⁵.

2. Pero he aquí el segundo y más grave inconveniente: dado que los estándares de prueba sólo podrán determinarse sobre la base del *peso comparativo* de las inferencias, todo lo que la epistemología podrá entonces ofrecer es un criterio de selección de la hipótesis con mayor grado comparativo de confirmación, la preponderante, la *mejor*, sea ella una buena o una mala hipótesis⁵⁶. En estas circunstancias, por lo demás, resultaría todavía plausible afirmar que la suficiencia epistémica constituye el hecho de estar

110; POGGI, 2010; TARUFFO, 1992: 197]. ii) La que entiende a la probabilidad como *grado de creencia* [lo cual presupone ya el uso de un «estado convictivo»: «Sensación de seguridad, duda o escepticismo respecto a la verdad de una aserción», *cfr.* DE FINETTI, 1993 (1973): 215] al tiempo que proclaman la aplicación del *teorema de Bayes* al razonamiento judicial sobre hechos (*vid.* en especial los trabajos contenidos en TILLERS, GREEN y MURA, 2003). El nivel de discurso que los defensores del método es casi siempre explícitamente normativo (LINDLEY, 1971: 3-4). Para algunas críticas a estas iniciativas *vid.* BAYÓN MOHINO, 2009: 27; COHEN, 1998 (1989): 80-82; COHEN, 1998 (1989): 19-20; FERRER BELTRÁN, 2007: 118-120; GARBOLINO, 1997: 93-98; PARDO, 2013: 111.

⁵¹ A lo que COHEN, 1977: 121, llamaba «*inductive probability*» y HEMPEL, 2005 (1965): 16, «grado de confirmación».

⁵² COHEN, 1977: 225. Las «variables relevantes» son características cuya alteración, también hipotéticamente, se presenta con potencialidad falsatoria de la hipótesis en cuestión [también HEMPEL, 2005 (1965): 17]. Se dice que a mayor complejidad de variables que la hipótesis supera, mayor es su nivel de corroboración. Un primer nivel de complejidad consistiría en alterar una primera variable que presupone una predicción tal que, si la hipótesis es correcta, las cosas serán de tal o cual modo luego de la alteración. En términos generales, el cumplimiento de la predicción aumenta el apoyo inductivo de la hipótesis. Entre los teóricos del derecho, alusiones a esta noción de apoyo inductivo en ASENCIO MELLADO, 1989: 16; BAYÓN MOHINO, 2009: 28-29; FERRAJOLI, 2002: 120; FERRER BELTRÁN, 2007: 123; GONZÁLEZ LAGIER, 2005: 66, 72; TARUFFO, 2009: 90-91; TARUFFO, 2010: 28.

⁵³ El grado de corroboración «...o de soporte inductivo de las distintas hipótesis en conflicto puede compararse, lo que permite hacer una ordenación de las hipótesis, pero no se puede cuantificar numéricamente la probabilidad de cada una de ellas» (FERRER BELTRÁN, 2007: 122).

⁵⁴ *Cfr.* CANALE, 2013: 225; HARMAN, 1965; TUZET, 2006.

⁵⁵ PARDO, 2013. En esta dirección parece ir la propuesta de GONZÁLEZ LAGIER al postular diversos criterios de *solidez de la inferencia probatoria* (GONZÁLEZ LAGIER, 2003a) relativos a cada uno de los «estratos» de la estructura argumental que Stephen TOULMIN propusiese en TOULMIN, 1958. Y en buena medida también puede interpretarse de este modo el estándar de prueba que Jordi FERRER BELTRÁN formula como propuesta normativa refiriendo a las capacidades explicativas y predictivas de las hipótesis, su coherencia y la refutación de otras hipótesis plausibles que no sean meramente *ad hoc* (FERRER BELTRÁN, 2007: 147). Pero es precisamente por esto que presenta las limitaciones a que en breve se hará referencia.

⁵⁶ Por lo demás, «[n]o tiene sentido criticar una “metodología de contrastación de hipótesis” por no distribuir el riesgo de error de un modo que consideremos apropiado: simplemente, su función no es esa» (BAYÓN MOHINO, 2009: 31).

probado el enunciado fáctico: de modo que «está probado que *p*» sería descriptivo de ese hecho consistente en la mayor bondad explicativa de una hipótesis⁵⁷. Sin embargo, como resulta claro, esto sólo permitiría satisfacer mínimamente el riesgo de error, siendo *acceptable* siempre y solamente la hipótesis epistemológicamente *mejor* probada.

En definitiva, si bien la SCR como sistema de valoración sólo atado a las reglas de la epistemología es, precisamente por esto, compatible con diversos estándares de prueba para diversos tipos de decisión con sensibilidad *más que mínima*, es impotente por sí misma para determinar los umbrales de suficiencia epistémica de cualquiera de ellos. Por tanto, si se pretende satisfacer una «sensibilidad más que mínima al riesgo de error», esa distribución habrá de buscarse en otro sitio.

2.2.2. La insondable axiología

En estas circunstancias, si bien la SCR se caracteriza por estar libre de ligámenes normativo-jurídicos estrictos, ha sido usual buscar los estándares de prueba que distribuyen «más que mínimamente» el riesgo de error en ciertos enunciados jurídicos tales como el conocido «más allá de toda duda razonable» (por aparición en las fuentes del derecho o por conjugación con la presunción de inocencia o el *in dubio pro reo*), el «más probable que no», el «prueba clara y convincente», etc. En definitiva, se buscan criterios tales como los que antes se han identificado con los sistemas de prueba legal (en sentido estricto) estandarizados.

Sin embargo, estas fórmulas, cuando no se tornan del todo redundantes por remitir circularmente a «valoración racional de la prueba», parecen carecer de contenido preciso a los ojos de los intérpretes, siendo compatibles casi con cualquier juicio de valor sobre la distribución del riesgo de error. En efecto, tanto el «más allá de toda duda razonable» cuanto el *in dubio pro reo* parecen basarse en la *valoración* de preferencia de la absolución a un culpable (o diez, cien, mil, etc.) sobre la condena a un inocente (o diez, cien, mil, etc.)⁵⁸, todo lo cual, llevado a su mínima expresión, no puede sino significar (circularmente) *preferir la mejor explicación* y, por tanto, satisfacer (sólo) una sensibilidad mínima al riesgo de error.

En vistas a una sensibilidad mayor, la pluralidad de «distribuciones» de riesgo que se le han hecho expresar al «más allá de toda duda razonable» históricamente da cuenta de su indeterminación, lo que ha conducido a sostener que un enunciado tal no expresa estándar de prueba alguno en absoluto⁵⁹. La situación parece ser idéntica

⁵⁷ Verdadero si satisficiera los criterios epistémicos de «mejor explicación» —sean cuales fueren— y falso si hubiere una explicación que la superase en bondad según esos criterios. No estoy seguro de que la epistemología ofrezca efectivamente criterios objetivos de *mejor explicación*, pero esto no puede ser discutido aquí.

⁵⁸ Sobre esta *ratio* y la determinación de su valor *vid.* especialmente LAUDAN y ALLEN, 2010; LAUDAN, 2013: 122-123.

⁵⁹ No soluciona el problema el sostener que el «más allá de toda duda razonable» impone la elección de la *única* explicación plausible, dado que, en primer lugar, esa sería *una* de las posibles interpretaciones del enunciado que se pretende expresivo del estándar. Pero en todo caso, y en segundo término, la indeterminación de la «razonabilidad de la duda» se trasladaría entonces en toda su plenitud a la «plausibilidad de la explicación»: ¿cuándo una explicación alternativa deja de ser *plausible*? Larry LAUDAN ha ido criticando con creciente fervor la «razonabilidad» del *beyond a reasonable doubt* en varios sentidos diversos, entre ellos, por ser «absurdo por su subjetividad» (en especial en LAUDAN, 2003: 331. *Vid.* también ALLEN, 2013: 48, y FERRER BELTRÁN, 2013:

en relación a la presunción de inocencia o su derivado *in dubio pro reo*, postulados ambos inexpressivos de un estándar en particular y compatibles con muchos diversos⁶⁰. Del mismo modo, corren el peligro de caer en esta circularidad y/o indeterminación (premonitoriamente) también los estándares cuya implementación proponen autores como FERRER BELTRÁN y LAUDAN⁶¹.

En todos estos casos la ineptitud determinativa del nivel de suficiencia radica en buena medida en la remisión a criterios meramente epistemológicos como «razonabilidad de las dudas», «plausibilidad», «fácilmente explicable», «inexplicable», en suma, «en concordancia con las reglas de la epistemología», *ergo*, ofreciendo la «mejor explicación» y, en consecuencia, sin proporcionar estándar alguno con sensibilidad «más que mínima».

Pues bien, no es algo novedoso que la epistemología sea impotente para proporcionar un estándar de suficiencia no comparativo y más que mínimamente sensible⁶². Lógicamente, el derecho será (y es) igualmente ineficaz si intenta proporcionar un estándar tal remitiendo a criterios meramente epistémicos. Pero si éstas son todas las herramientas con que los jueces cuentan (y a las que están vinculados) pues entonces el juicio axiológico de suficiencia de la prueba epistémicamente relevante para la aceptación de la premisa fáctica no podrá ser más que un juicio propio del decisor⁶³. En estas circunstancias, una más adecuada explicación del significado de «está probado que *p*» proferido por un juez cualquiera, ha de mostrarlo más bien como sinónimo de «hay pruebas epistémicamente relevantes y axiológicamente suficientes para aceptar que *p*».

El predicado *probado*, así entendido, parece corresponderse con aquellos que Bernard WILLIAMS denominó «conceptos éticos *thick*» que «parecen expresar una unión entre hecho y valor», en este caso, entre la presencia de pruebas epistémicamente relevantes y la valoración moral de su *suficiencia*⁶⁴. Y a menos que se asuma que puede

35). Buena parte de la crítica de LAUDAN, sin embargo, se dirige a la asunción valorativa de *ser peor* la condena a un inocente que la absolución de un culpable (*cf.* ALLEN y LAUDAN, 2008; LAUDAN, 2003; LAUDAN, 2005; LAUDAN y ALLEN, 2010; LAUDAN, 2011b; LAUDAN, 2013). En Italia —donde el «*oltre ogni ragionevole dubbio*» está previsto en el art. 533 apdo. 1 c.p.p.— se ha hecho patente también lo indeterminado del «estándar», que al menos en alguna interpretación termina por ser circular con respecto a la «*ragionevolezza*» exigida en la valoración de la prueba (*cf.* DANIELE, 2009: 167-175).

⁶⁰ *Cfr.* FERRER BELTRÁN, 2010. *Vid.* también LAUDAN, 2005; PAULESU, 2009: 30-50. En relación a los otros «estándares» y su indeterminación, por todos BAYÓN MOHINO, 2009; LLUCH, 2012.

⁶¹ *Cfr.* FERRER BELTRÁN, 2013: 36, LAUDAN, 2011a: 7-8. Dirige varias críticas a los estándares de ambos autores ALLEN, 2013: 50-56.

⁶² «*Allocation of the risk of error is a moral decision that the epistemological best-evidence principle fails to resolve [...] morality picks up what the epistemology leaves off*» (STEIN, 2005: 13). Por cierto, no faltan epistemólogos que sostengan que la relación entre razones epistémicas y razones prácticas (lo relativo a la importancia de los intereses prácticos para los cuales se pretende *conocer*) se da *dentro de la epistemología* de modo que cuál sea la *mejor explicación* dependerá ya de por sí, al menos en parte, de ese juicio de valor acerca de la importancia de aquello que quiere *hacerse* una vez que se cuente con la explicación. Esto implicaría extender a todo juicio «epistemológico» el aspecto «axiológico» que aquí se atribuirá a los enunciados probatorios de la decisión judicial. No pretendo ocuparme en esta ocasión de esta posibilidad, aunque considero pertinente señalar una diferencia que todavía persistiría: en el marco de la decisión judicial se podría dar la necesidad de rechazar como «probados» a ciertos enunciados fácticos para los cuales hay (fuera del proceso) buenas razones epistémicas y viceversa.

⁶³ *Vid.* BAYÓN MOHINO, 2009: 33.

⁶⁴ WILLIAMS, 2011: 143-144. Sobre la relación entre el aspecto evaluativo y el significado de los términos y conceptos *thick*, VÄYRYNEN, 2011. Podría ser incluso más preciso decir que se da un doble juicio de valor del

predicarse verdad o falsedad de los juicios de valor así concebidos, el enunciado probatorio parece difícilmente concebible como «descriptivo».

Puede ser cierto que la concepción «descriptivista» reconstruye «adecuadamente los usos lingüísticos y las intuiciones fundamentales con las que los juristas dan cuenta de la noción de hecho probado»⁶⁵, pero si lo dicho es correcto entonces queda demostrado que esos usos lingüísticos e intuiciones ocultan, acaso intencional y funcionalmente, un rasgo determinante de aquello de lo que pretenden dar cuenta, a saber: de que parte de lo que los jueces realmente *hacen* cuando declaran los «hechos probados» es *determinar valorativamente* el límite de suficiencia epistémico para la decisión de que se trata⁶⁶. Esa determinación, *i. e.* el juicio de suficiencia axiológica de las razones teóricas para la decisión, sólo podrá estar justificado por razones *prácticas*.

3. LA PRUEBA COMO RAZÓN

Como se ha dicho precedentemente, suele sostenerse entre los teóricos del derecho que la actitud proposicional que mejor explica la postura del juez frente al enunciado fáctico *p*, al menos en sistemas de SCR, no es (y no puede necesariamente ser) la de creencia, convicción, etc., en la verdad de la proposición, sino más bien la de *aceptación* de ella cual si fuera verdadera⁶⁷. Esto daría cuenta, obsérvese bien, del «aspecto voluntario» de la utilización de la premisa fáctica en el razonamiento: «está probado que *p*» «supone la presencia en el proceso de elementos de juicio suficientes *para justificar la aceptación* de la ocurrencia de un hecho»⁶⁸. Al mismo tiempo, permitiría explicar aquellos casos en que, se asume, el decisor debe tener por probado a un enunciado fáctico en el que no cree o incluso sabiéndolo falso. De tal modo, pareciera que lo que el «enunciado probatorio» justifica o contribuye a justificar no es tanto un enunciado descriptivo (*i. e.* el fáctico) cuanto una acción: *la aceptación voluntaria* del enunciado fáctico (*p*), su *uso* como premisa de la decisión.

En los casos en que hemos concedido interpretar «está probado que *p*» como enunciado descriptivo (*i. e.* en un sistema de prueba legal —en sentido fuerte— o en uno de íntima convicción), una reconstrucción aparentemente plausible del razonamiento del juez podría ser explicitando una regla implícita tal que «toda vez que esté probado que *p*, debe aceptarse que *p*». En este sentido, «está probado que *p*» (como hecho institucional) constituiría el supuesto de hecho de dicha regla siendo verdadero en todos los casos en que el hecho institucional «estar probado» se haya verificado y manteniendo así su fuerza descriptiva. Si bien es parte de una razón práctica para la aceptación, todavía fungiría de enunciado descriptivo.

decisor: uno consistente en la elección de la epistemología a aplicar, el otro en el juicio político-axiológico de la suficiencia de las razones epistémicas relevantes (de acuerdo a la primera elección). En este trabajo no me ocuparé de la primera y me centraré en el juicio de valor de suficiencia de una epistemología asumida como dada. Agradezco a Pierluigi CHIASSONI por hacerme notar este punto.

⁶⁵ FERRER BELTRÁN, 2001: 85.

⁶⁶ En este sentido también STEIN, 2005: 117-119.

⁶⁷ FERRER BELTRÁN, 2001: 86-93. Si bien él es el más explícito al respecto, lo cierto es que la noción de aceptación aparece también, por ejemplo, en BAYÓN MOHINO, 2008; GASCÓN ABELLÁN, 2004; GONZÁLEZ LAGIER, 2005.

⁶⁸ FERRER BELTRÁN, 2001: 94.

Sin embargo, se ha argumentado que en los sistemas de SCR, dadas las limitaciones que presentan los ordenamientos procesales tal como se los caracterizó, los decisores no constatan un hecho (institucional o el que fuere) sino que formulan (y no podrían no formular) un juicio de valor relativo a la suficiencia axiológica de las pruebas para adoptar la decisión de que se trate. En este sentido, en sistemas así configurados, toda vez que un decisor disponga que «está probado que p », esto es, que los elementos epistémicamente relevantes con que se cuenta son además axiológicamente suficientes para aceptar que p , estará diciendo que corresponde aceptar que p , que *es justo, valioso o deseable hacerlo*⁶⁹.

4. EL SALTO CONSTITUTIVO

Lo hasta aquí dicho procura poner de manifiesto que, en contextos de decisión como los delineados (*i. e.* con sistemas de valoración de SCR, carentes de criterios valorativos expresados por medio de textos legales y en los que se asume deba responderse a una sensibilidad más que mínima al riesgo de error) los enunciados probatorios no pueden concebirse como descriptivos por expresar, al menos en parte, un juicio valorativo llevado a cabo por el propio decisor que los profiere. Pues bien, aunque esto es provisorio, creo pueda ser explicativamente fecundo concebir la fuerza de los enunciados probatorios como *constitutiva*.

En consonancia con lo sostenido en precedencia, la tesis de la constitutividad tal como a menudo se le atribuye a Hans KELSEN, ha sido interpretada como tendente a resaltar que «la determinación de los hechos en el proceso es el resultado de una actividad decisoria —que estaría en oposición con la actividad cognoscitiva—»⁷⁰. Frente a esto, dos observaciones se tornan aquí necesarias.

En primer lugar, como se adelantó, para muchos teóricos, al referir a la constitutividad de los hechos, KELSEN habría estado más bien pensando en el enunciado fáctico y no en el probatorio. Así entendida, la tesis de la constitutividad lleva sin dudas a resultados, como mínimo, contraintuitivos. Aquí, por el contrario, el carácter constitutivo se predica del enunciado probatorio con el cual se pretende *justificar la aceptación* del enunciado fáctico. Entendida la tesis de este modo, las críticas a la posición kelseniana se diluyen: los hechos, efectivamente, «son lo que son y no lo que los jueces dicen que son»⁷¹, pero que los (enunciados sobre) hechos estén probados depende —en contextos como los descriptos— de lo que el juez valore, de que el juez decida que las razones epistémicas (si las hubiere) son axiológicamente suficientes⁷².

⁶⁹ «...even if the question “Did A do such-and-such or not?” is a theoretical one, this is not the only question the judge puts to himself. He also asks himself “Should I sentence A to..., or not?”, and this is a practical question. The judge has to decide what to do, and decisions of this kind are answers to practical questions» (CELANO, 1995: 150).

⁷⁰ FERRER BELTRÁN, 2001: 75. En este sentido, en el contexto judicial «the question of proof must be settled and moreover authoritatively settled in a judicial proceeding. The judge is not only entitled, but has the duty to decide whether certain empirical sentence has been sufficiently proved and his decision is final in the sense that it puts and end to the controversy and to the possibility of discussing the truth of the sentence within the proceeding» (BULYGIN, 1995: 21).

⁷¹ ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1991: 313.

⁷² Esto permite evitar la absurda conclusión a que habría llegado KELSEN partiendo del aspecto decisorio de las cuestiones probatorias para llegar al carácter constitutivo *de la verdad del enunciado fáctico* y la conse-

En segundo lugar, se sostiene aquí que ese enunciado es efectivamente producto de la actividad decisoria, mas no necesariamente *en oposición* a la actividad cognoscitiva. La decisión consiste en determinar cuándo la actividad cognoscitiva (por cierto, contingente) es axiológicamente suficiente a los efectos prácticos que se buscan. Es esta suficiencia, en ausencia de reglas previamente establecidas, lo que el juez, con buenas razones epistémicas o no, con buenas razones morales o no (sean lo que ellas fueren), *constituye*.

Lo dicho se condice con la noción de «aceptación de directivas morales» de Alf ROSS. Él decía que la «aceptación» de proposiciones —tal como sería la aceptación de *p*— podía concebirse como *declarativa*⁷³; mientras que la «aceptación» de directivas morales —como la que estaría comprometida en «está probado que *p*» si concebido como aquí se ha propuesto— sólo podría considerarse declarativa en el marco del cognitivismo moral, *i. e.* allí donde se «declarase» tomar conocimiento de la validez de la directiva. Pero a menos que se adopte tal postura (que aquí se ha rechazado) *«it may be argued that the acceptance of a moral directive is actually constitutive; that is, acceptance is a subjective attitude which constitutes the validity of the directive»*⁷⁴.

Por lo demás, la crítica fundada en la pretendida «infallibilidad» del juez si «está probado que *p*» se concibe como «constitutivo» tampoco parece del todo direccionada. Así, se dice que bajo esa concepción «no sería posible predicar verdad o falsedad de las declaraciones de hechos probados contenidas en las sentencias judiciales» y que de allí se seguiría una imposibilidad de control racional por infalibilidad del decisor⁷⁵.

Ahora bien, si esto significa que no puede predicarse la verdad o falsedad del enunciado fáctico *p* que se declara probado, la crítica parece del todo errada: no importa qué tan definitiva sea la constitutividad de «está probado que *p*», siempre se podrá seguir insistiendo y argumentando en favor de que *p* (la proposición aceptada sobre la base de «está probado que *p*»), es falsa⁷⁶. Esto así, incluso si las razones con que se cuenta no son admisibles en el contexto de que se trate (*e. g.* el judicial), donde puede actuarse como si *p* fuese verdadera, incluso sabiéndose que *p* es falsa⁷⁷. El yerro de la crítica, si entendida en este sentido, parece estar en el ya mencionado traslado del carácter constitutivo desde el enunciado probatorio al enunciado fáctico, cuya fuerza descriptiva, en principio, no se había puesto en discusión⁷⁸.

Por el contrario, si la crítica se entiende en el sentido de imposibilidad de predicar la verdad o falsedad de «está probado que *p*», pues parte de una premisa que se con-

cuenta imposibilidad criticar —en cualquier contexto— la corrección de dicho enunciado (*cfr.* BULYGIN, 1995: 22). Una interpretación más caritativa de KELSEN en este sentido en CELANO, 1995.

⁷³ Que es «objetiva» dada «...*the existence of procedures for testing the truth of the proposition which are independent of the subjective peculiarities of any individuals*» [ROSS, 2009 (1968): 62].

⁷⁴ ROSS, 2009 (1968): 64. El resaltado es propio.

⁷⁵ FERRER BELTRÁN, 2001: 76.

⁷⁶ *Cfr.* ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1991: 313-314.

⁷⁷ *Cfr.* CELANO, 1995.

⁷⁸ Esto es lo que sugiere la cita a FRANK por cuanto «*los “hechos” [...] no son objetivos. Ellos son lo que los jueces dicen que son*» (FERRER BELTRÁN, 2001: 76, nota 5, cursivas propias). De la misma manera, el carácter constitutivo se traslada a la premisa fáctica cuando se afirma que «si es el juez quien constituye el antecedente fáctico de la aplicación de aquellas consecuencias, no podrá motivarse la conducta de los ciudadanos puesto que ésta resultará irrelevante al efecto de la aplicación» (FERRER BELTRÁN, 2001: 77).

dice con lo aquí sostenido, a saber: que ese enunciado *no es ni verdadero ni falso* por implicar un juicio de valor (*i. e.* el de suficiencia) de quien lo profiere. Sin embargo, no se sigue de allí que el juez sea infalible: el juez puede haberse «equivocado» precisamente en «constituir» que «está probado que *p*» tanto en relación a las razones epistémicas (*e. g.* el juez razonó incorrectamente desde el punto de vista epistémico sobre la prueba) cuanto por razones valorativas (*i. e.* en el razonamiento *práctico* que concluye en la declaración de la suficiencia axiológica de las pruebas para la adopción de la decisión de que se trate).

Ha de recordarse que, en cierta medida, en la concepción «descriptivista» aquí discutida se contemplaba esta doble alternativa de «crítica» al enunciado probatorio en tanto se afirmaba que él resulta «falso» «cuando no se disponga de elementos de juicio a su favor o éstos sean *insuficientes*»⁷⁹. Esto pone de manifiesto, tal como aquí se sostiene, que frente al enunciado probatorio pueden plantearse dos clases de desacuerdos de muy diversa índole: por una parte, el desacuerdo genuinamente empírico relativo a la presencia/ausencia de elementos epistémicos de juicio; por la otra, el desacuerdo de carácter valorativo relativo a la *suficiencia/insuficiencia* de los elementos de juicio habidos para aceptar el enunciado fáctico frente a tal o cual riesgo de error y tal o cual pretensión de sensibilidad del estándar frente a él.

Lo único que no podría eventualmente negarse frente al proferimiento del juez de que «está probado que *p*», al menos en tanto su decisión no sea revocada, es que «está constituido que está probado que *p*». La «infalibilidad» no puede significar más que esto. Pero no hay impedimento alguno para afirmar, fundamentar, demostrar y criticar el error en la constitución de ese y cualquier otro enunciado probatorio, y sobre la base de ello, si hay instancias impugnativas disponibles (*i. e.* si la decisión constitutiva no es *definitiva*), podría incluso llegarse a la revocación de «está probado que *p*».

5. CONCLUSIONES

A lo largo de estas páginas se ha sostenido que: *a)* el predicado de «estar probado» un enunciado fáctico en la decisión judicial remite indefectiblemente a un estándar de prueba, *i. e.* un umbral de suficiencia de las razones teóricas susceptibles de ser aducidas en favor de un enunciado descriptivo de un hecho jurídicamente relevante. *b)* El estándar de que se trate ha de ser reconducido necesariamente a un sistema de valoración de la prueba. Estos sistemas, se dijo, suelen reducirse al sistema de prueba legal (en sentido fuerte), al sistema de la íntima convicción y al de la SCR. *c)* A diferencia de lo que podría sostenerse (incluso si con algunas reservas) respecto a los dos primeros sistemas, en el caso de la SCR el «estar probado que *p*» depende en todos los casos, y bajo ciertas asunciones, de un juicio de valor del decisor. Ello es así porque: *c.1)* Las reglas de la epistemología no ofrecen más que la posibilidad de determinar, a lo sumo, la hipótesis *mejor* probada en relación a todas las hipótesis en competencia, la cual puede ser, todavía, una mala hipótesis. *c.2)* Se asume que el sistema jurídico exige (al menos en algunos contextos) que se tengan por probadas solamente hipótesis

⁷⁹ FERRER BELTRÁN, 2001: 85.

que superen un cierto umbral, o que superen en alguna medida a todas las restantes. En términos de BAYÓN, que se satisfaga una «sensibilidad más que mínima» respecto al riesgo de error. *c.3*) Los enunciados jurídicos *prima facie* expresivos de estándares de suficiencia con «sensibilidad más que mínima» son impotentes para determinar el umbral de sensibilidad correspondiente.

Se ha dicho además que *d*), a menos que se considere que los juicios de valor son susceptibles de verdad o falsedad, habrá que asumir que «está probado que *p*» no es susceptible de ser caracterizado como enunciado descriptivo y que, por el contrario, recae dentro de la noción amplia de enunciado normativo postulada en el apartado 1. De modo que una mejor explicación del enunciado probatorio exige modificar la tesis semántica (TS) y considerarlo sinónimo de «hay elementos de juicio epistémicamente relevantes y axiológicamente suficientes en favor de *p*». De allí se sigue que *e*) para justificar la parte valorativa del enunciado sólo podrán entonces postularse *razones prácticas*. Por lo demás, *f*) la asunción de ser explicable la actitud proposicional del juez por referencia a la noción de *aceptación voluntaria* (TA) apoya la concepción del enunciado probatorio como normativo, en el sentido de que lo que «está probado que *p*» justifica es una acción: el aceptar que *p*. El enunciado probatorio es, en este sentido, una *razón práctica*. Estando así las cosas, el hecho de ser «está probado que *p*» resultado (en parte) de un juicio valorativo del decisor así como el hecho de constituir una razón práctica para su acción apoyan la concepción del enunciado probatorio como enunciado normativo; y más específicamente, se ha propuesto, aunque sólo con carácter provisorio, concebirlo como constitutivo.

Para concluir, el argumento aquí desarrollado así como su conclusión parecen tener implicancias meramente conceptuales, a saber: que los enunciados probatorios (si se prefiere, que el «concepto de prueba» o el predicado «estar probado») son enunciados normativos dado que suponen juicios de valor de quienes los profieren. Sin embargo, creo pueda decirse que la cuestión es algo más que «meramente conceptual» y que, tomada en serio, pone de manifiesto la necesidad de reformular en gran medida la agenda de los teóricos del derecho y los procesalistas en materia probatoria. Esto no sólo cambiando el enfoque en los términos normativos que hace algunos años propiciaba BAYÓN: evaluando el retorno a la prueba legal (en sentido fuerte) a fines de «democratizar» la determinación axiológica de la suficiencia probatoria⁸⁰.

Además de ello, y quizás sobre todo, lo dicho pone de manifiesto la necesidad de cambiar también el enfoque en términos descriptivos: si se quiere dar cuenta de cuáles son, aquí y ahora, los estándares de prueba vigentes, habrán de identificarse los *juicios* de suficiencia en concreto que los juzgadores formulan en cada caso o clase de casos. En otras palabras, habrá que llevar a cabo aquella que Giovanni TARELLO consideraba la actividad genuina del teórico del derecho: la meta-jurisprudencial⁸¹, especialmente preocupada, en este caso, en hacer explícitos los juicios de valor subyacentes a los enunciados probatorios o, dirían algunos, en la «*caccia alle ideologie*». Quizás, y sólo quizás, se detecten «estándares jurisprudenciales estables» para ciertos casos o clases

⁸⁰ «...quizás haya llegado el momento de que los filósofos del derecho empiecen a ocuparse de la prueba no sólo desde la epistemología —algo que ya han hecho y han hecho bien, pero desde donde tal vez no pueda decirse ya mucho más—, sino desde la filosofía moral y política» (BAYÓN MOHINO, 2008: 33-34).

⁸¹ *Vid.* GUASTINI, 1996: 25; también CANALE, 2013: 216.

de casos, y quizás incluso se comparta el juicio axiológico de distribución de riesgo de error que todos o algunos de ellos expresan⁸².

En efecto, mientras este texto estaba en desarrollo se publicaba una nota periodística que en su encabezado decía: «Un fallo inédito determinó que es suficiente el testimonio de la mujer que sufre violencia de género»⁸³. Se trataba de un fallo unánime del Superior Tribunal de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires que, en lo que a la prueba refería, *valoraba* suficiente a esa sola prueba frente al «especial modo de comisión» de la clase de hechos que allí se juzgaban en consonancia con su gravedad. Podrá o no compartirse el juicio de valor de distribuir en esta clase de casos y de este particular modo el riesgo de error, del mismo modo en que puede o no compartirse el juicio de valor de distribuir el riesgo de error de cualquier otro modo en cualquier otra clase de casos dada su «especial modalidad comisiva», su «gravedad», o lo que fuere⁸⁴. Lo que difícilmente podrá seguir sosteniéndose es que la afirmación del decisor acerca de «estar probado que *p*» tiene valor de verdad, a menos que se asuma, claro está, que hay verdades morales.

6. BIBLIOGRAFÍA

- ALCHOURRÓN, C. E., y BULYGIN, E., 1991: «Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico», en C. E. ALCHOURRÓN y E. BULYGIN, *Análisis lógico y derecho*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 303-326.
- ALLEN, R. J., 2013: «Los estándares de prueba y los límites del análisis jurídico», en C. E. VÁZQUEZ, *Estándares de prueba y prueba científica*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo: Marcial Pons, 41-64.
- ALLEN, R. J., y LAUDAN, L., 2008: «Deadly dilemmas», en *Texas Tech Law Review*, 41: 65-92.
- ANGELETTI, R., 2012: *La costruzione e la valutazione della prova penale*, Torino: Giappichelli.
- ASENCIO MELLADO, J. M., 1989: *Prueba prohibida y prueba preconstituída*, Madrid: Trivium.
- ATIENZA, M., 2003: *Las razones del derecho: teorías de la argumentación jurídica*, México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- AUSTIN, J. L., 1975: *How to do things with words: the William James Lectures delivered at Harvard University in 1955*, Cambridge-Massachusetts: Harvard University Press.
- BAYÓN MOHINO, J. C., 2008, «Epistemología, moral y prueba de los hechos: hacia un enfoque no benthamiano», ponencia presentada en *XIV Congreso italo-español de teoría del derecho*, Girona, 14 y 15 de noviembre de 2008.
- 2009: «Epistemología, moral y prueba de los hechos: hacia un enfoque no benthamiano», en *Analisi e diritto 2008*, 15-34.

⁸² Esto podría llevar a concebir el problema de los «estándares de prueba» en términos de casos fáciles/casos difíciles. Debo esta sugerencia a Giovanni TUZET. Pero precisamente, que éste sea el caso es una cuestión empírica pendiente de constatación.

⁸³ M. CARABAJAL, «La víctima como testigo», *Página 12*, 13 de octubre de 2013, disponible <http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-231143-2013-10-13.html>.

⁸⁴ Lo cual no tiene por qué coincidir, como es usual pensar, con la competencia material (*i. e.* civil, penal, laboral, contencioso-administrativo, etc.). Por el contrario, podrían identificarse quizás, por ejemplo, dentro de la órbita penal/procesal penal «estándares de prueba» muy diversos, definidos por valoraciones (implícitas) de los decisores, para diversas clases de delitos (*e. g.* delitos contra la integridad sexual o algunos de ellos en particular; delitos económicos, o algunos de ellos, delitos informáticos, etc.), para diversas clases de medidas de coerción (*e. g.* arresto, incomunicación, prisión preventiva, etc.), etcétera.

- BULYGIN, E., 1995: «Cognition and Interpretation of Law», en S. L. PAULSON y L. GIANFORMAGGIO, *Cognition and interpretation of law*, Torino: G. Giappichelli, 11-35.
- CANALE, D., 2013: «Il ragionamento giuridico», en G. PINO, A. SCHIAVELLO, y V. VILLA, *Filosofía del derecho. Introducción crítica al pensamiento jurídico e al derecho positivo (Estratto)*, Torino: Giappichelli, 195-230.
- CARACCILO, R., 2000, «El problema de los hechos en la justificación de la sentencia», ponencia presentada en *III Seminario Internacional de Teoría del Derecho*, Universidad Nacional del Sure, septiembre de 2000.
- 2005: «Paradigmas de decisión judicial», en inédito.
- CELANO, B., 1995: «Judicial decision and truth: some remarks», en S. L. PAULSON y L. GIANFORMAGGIO, *Cognition and interpretation of law*, Torino: G. Giappichelli, 141-153.
- COHEN, L. J., 1977: *The probable and the provable*, Oxford: Clarendon Press.
- 1998 (1989): *Introduzione alla Filosofia dell'induzione e della probabilità*, Milano: Giuffrè.
- COUTURE, E. J., 1958: *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires: Depalma.
- CHIASSONI, P., 1998: «L'ineluttabile scetticismo della «scuola genovese»», en P. COMANDUCCI y R. GUASTINI, *Analisi e diritto*, Torino: Giappichelli, 21-76.
- 2000: «Significato letterale: giuristi e linguisti a confronto (Another view of the Cathedral)», en V. VELLUZZI, *Significato letterale e interpretazione del diritto*, Torino: Giappichelli, 1-63.
- DANIELE, M., 2009: *Regole di esclusione e regole di valutazione della prova*, Torino: G. Giappichelli.
- DE FINETTI, B., 1993 (1973): «Bayesianesimo: il suo ruolo unificante per i fondamenti e le applicazioni della statistica», en P. MONARI y D. COCCHI, *Probabilità e induzione*, Bologna: Cooperativa Libreria Universitaria Editrice Bologna, 205-228.
- FERRAJOLI, L., 2002: *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*, Roma-Bari: Laterza.
- 2005: *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*, Madrid: Trotta.
- FERRER BELTRÁN, J., 2001: «Está probado que *p*», en L. TRIOLO, *Prassi giuridica e controllo di razionalità*, I. Torino: G. Giappichelli, 73-96.
- 2002: *Prueba y verdad en el derecho*, Madrid: Marcial Pons.
- 2005: *Prueba y verdad en el derecho*, Madrid-Barcelona: Marcial Pons.
- 2007: *La valoración racional de la prueba*, Madrid: Marcial Pons.
- 2010: *Una concepción minimalista y garantista de la presunción de inocencia*, Girona: Universitat de Girona.
- 2012: *La valutazione razionale della prova*, Milano: Giuffrè.
- 2013: «La prueba es libertad, pero no tanto: una teoría de la prueba cuasibenthamiana», en C. E. VÁZQUEZ, *Estándares de prueba y prueba científica*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo: Marcial Pons, 21-39.
- FERRUA, P., 2007: «Il giudizio penale: fatto e valore giuridico», en VVAA, *La prova nel dibattimento penale*, 4.ª ed., Torino: G. Giappichelli, 317-410.
- GARBOLINO, P., 1997: *I Fatti e le opinioni: la moderna arte della congettura*, Roma: Laterza.
- GASCÓN ABELLÁN, M., 1999: *Los hechos en el derecho: bases argumentales de la prueba*, Madrid-Barcelona: Marcial Pons.
- 2003: «Concepciones de la prueba. Observación a propósito de Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad, de Michele Taruffo», en *Discusiones*, 3: 43-54.
- 2004: *Los hechos en el derecho: Bases argumentales de la prueba*, Madrid-Barcelona: Marcial Pons.
- GIANFORMAGGIO, L., 1967: «Significato e forza», en *Rivista internazionale di Filosofia del Diritto*, III (XLIV): 459-464.

- GONZÁLEZ LAGIER, D., 2003a: «Hechos y argumentos (racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal) (II)», en *Jueces para la Democracia*, 47: 35-51.
- 2003b: «Buenas razones, malas intenciones», en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 26: 635-685.
- 2004: «La prueba de la intención y el Principio de Racionalidad Mínima», en *Jueces para la democracia*, 50: 41-51.
- 2005: *Quaestio facti: ensayos sobre prueba, causalidad y acción*, Lima-Bogotá: Palestra-Temis.
- 2007: «Hechos y conceptos», en *Dialnet: Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 15.
- GUASTINI, R., 2011: *Interpretare e argomentare*, Milano: Giuffrè.
- HARE, R. M., 1971: «Imperative sentences», *Practical Inferences*. London: MacMillan, 1-24.
- HARMAN, G. H., 1965: «The inference to the Best Explanation», *The Philosophical Review*, 74: 88-95.
- HART, H. L. A., 1966: «Il concetto di obbligo», en *Rivista di filosofia*, 2 (LVII): 125-140.
- HEMPEL, C. G., 2005 (1965): *La explicación científica: estudios sobre la filosofía de la ciencia*, Barcelona: Paidós.
- KELSEN, H., 2009 (1960): *Teoría pura del derecho*, México: Porrúa.
- LAUDAN, L., 2003: «Is reasonable doubt reasonable?», *Legal Theory*, 9: 295-331.
- 2005: «The Presumption of Innocence: Material or Probatory?», *Legal Theory*, 11: 333-361.
- 2011a: «Is it Finally Time to Put “Proof Beyond a Reasonable Doubt” Out to Pasture?», *The University of Texas School of Law, Public Law and Legal Theory Research Paper Series Number 194*.
- 2011b: «The Rules of Trial, Political Morality, and the Costs of Error: Or, Is proof Beyond a Reasonable Doubt Doing More Harm than Good?», en L. GREEN y B. LEITER, *Oxford studies in philosophy of law*, 1, Oxford: Oxford University Press, 195-227.
- 2013: «La elemental aritmética epistémica del derecho II: los inapropiados recursos de la teoría moral para abordar el derecho penal», en C. E. VÁZQUEZ, *Estándares de prueba y prueba científica*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo: Marcial Pons, 119-134.
- LAUDAN, L., y ALLEN, R. J., 2010: «Deadly Dilemmas II: Bail and crime», *Chicago Kent Law Review*, 85: 23-42.
- LINDLEY, D. V., 1971: *Making decision*, London: Wiley Interscience.
- LLUCH, X. A., 2012: «La dosis de prueba: entre el *common law* y el *civil law*», en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 35: 135-200.
- MAIER, J. B., 2004: *Derecho Procesal Penal: Fundamentos*, 1, Buenos Aires: Del Puerto.
- MAZZARESE, T., 1995: «Cognition and Legal Decisions Remarks on Bulygin's View», en S. L. PAULSON y L. GIANFORMAGGIO, *Cognition and interpretation of law*, Torino: G. Giappichelli, 155-175.
- MUFFATO, N., 2007: «Osservazioni in margine a Giovanni Tarello su frastico e neustico», *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2 (XXXVII): 419-462.
- NAVARRO, P. E., 2008: «La aplicación neutral de conceptos valorativos», *Analisi e Diritto*, 2007: 39-55.
- PARDO, M. S., 2013: «Estándares de prueba y teoría de la prueba», en C. E. VÁZQUEZ, *Estándares de prueba y prueba científica*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo: Marcial Pons, 99-118.
- PAULESU, P. P., 2009: *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, en M. BARGIS et al. (eds.), 30, Torino: G. Giappichelli.
- PENCO, C., 2010: *Frege*, Roma: Carocci.
- POGGI, F., 2010: «Tra il certo e l'impossibile. La probabilità nel processo», *Diritto y questioni pubbliche*, 10.

- POPPER, K. R., 2009 (1969): *Congetture e confutazioni: lo sviluppo della conoscenza scientifica*, Bologna: Il Mulino.
- RAZ, J., 2011: *From normativity to responsibility*, Oxford: Oxford University Press.
- REDONDO, M. C., 1996: *La noción de razón para la acción en el análisis jurídico*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- REICHENBACH, H., 1968 (1930): «Causalità e probabilità», en M. REICHENBACH, *La nuova filosofia della scienza*, Milano: Bompiani, 99-114.
- ROSS, A., 2009 (1968): *Directives and norms*, New Jersey: The Lawbook exchange.
- SÁNCHEZ BRÍGIDO, R., y SELEME, H. O., 2002: «Justificación sin verdad», *Analisi e diritto 2001: ricerche di giurisprudenza analitica*, 285-294.
- SCARPELLI, U., 1967: «Le “proposizioni giuridiche” come precetti reiterati», *Rivista internazionale di Filosofia del Diritto*, III (XLIV): 465-482.
- SEARLE, J. R., 1992: *Atti linguistici. Saggio di filosofia del linguaggio*, Torino: Bollati Boringhieri.
- STEIN, A., 2005: *Foundations of evidence law*, Oxford-New York: Oxford University Press.
- TARELLO, G., 1967: «Discurso assertivo e discurso precettivo», *Rivista internazionale di Filosofia del Diritto*, III (XLIV): 419-435.
- 1980: *L'interpretazione della legge*, I, t. 2, Milano: Giuffrè.
- TARUFFO, M., 1992: *La prova dei fatti giuridici: nozioni generali*, Milano: Giuffrè.
- 2003: «Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad», *Discusiones*, 3: 15-41.
- 2009: *La semplice verità: il giudice e la costruzione dei fatti*, Bari: Laterza.
- 2010: «Consideraciones sobre prueba y motivación», en M. TARUFFO, P. ANDRÉS IBÁÑEZ y A. CANDAU PÉREZ, *Consideraciones sobre la prueba judicial*, Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 17-46.
- TILLERS, P.; GREEN, E. D., y MURA, A., 2003: *L'inferenza probabilistica nel diritto delle prove: usi e limiti del bayesianesimo*, G. UBERTIS (ed.), Milano: Giuffrè.
- TOULMIN, S. E., 1958: *The uses of argument*, Cambridge: University Press.
- TUZET, G., 2006: *La prima inferenza: l'abduzione di C. S. Peirce fra scienza e diritto*, Torino: G. Giappichelli.
- TWINING, W. L., 1990: «Rethinking Evidence», *Rethinking evidence: exploratory essays*, Cambridge: Basil Blackwell, 341-372.
- UBERTIS, G., 1979: *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, Milano: Giuffrè.
- VÄYRYNEN, 2011: «Thick Concepts and Variability», *Philosophers' Imprint*, 1 (11): 1-17.
- VON WRIGHT, G. H., 2010: *La diversidad de lo bueno*, Madrid [etc.]: Marcial Pons.
- WILLIAMS, B. A. O., 2011: *Ethics and the limits of philosophy*, London-New York: Routledge.
- WRÓBLEWSKI, J., 1967: «Il modello teorico dell'applicazione della legge», *Rivista internazionale di Filosofia del Diritto*, 46: 10-30.
- 1974: «Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision», *Rechtstheorie*, 5: 33-46.

¿DEBEN LOS FILÓSOFOS MORALES APRENDER DE LOS JURISTAS?*

Hugo Seleme

Universidad Nacional de Córdoba
CONICET

RESUMEN. Existen diferentes servicios que los filósofos morales pueden prestarles a los juristas. Los mismos son variados y ha sido explicitados en diferentes trabajos. La hipótesis de este trabajo es que la relación inversa también es cierta. Existen tres maneras viciadas de hacer filosofía moral que los juristas pueden ayudar a combatir. La primera consiste en la *obsesión metaética* fundada en un sesgo escéptico hacia cualquier reflexión sustantiva. La segunda es el diletantismo activista de aquellos que sin ninguna preparación teórica se dedican a hablar de problemas morales y políticos. La tercera consiste en una forma de reflexión filosófica que en su afán de encontrar los principios supremos ha perdido todo contacto con la experiencia moral humana. El contacto con los juristas puede ayudar a combatir estos vicios, prestando de este modo la reflexión jurídica un servicio a la Filosofía Moral.

Palabras clave: Filosofía Moral Viciada, Filosofía del derecho, Metaética, Experiencia moral humana.

Should moral philosophers learn from lawyers?

ABSTRACT. Moral philosophy may help Jurisprudence in several forms. The services that Moral Philosophy may offer to Jurisprudence have been explored in different works. This paper advances the hypothesis that the inverse relation is also true. There are three flawed ways of doing moral philosophy that lawyers can help fight. The first is the *meta ethics obsession* based on a skeptical bias against any substantive reflection. The second is the activist diletantism of those who talk about moral and political issues without having any theoretical background. The third is a form of philosophical reflection that on the way to looking for the supreme principles of morality it has lost touch with any human moral experience. Contact with lawyers can help fight these vices. This is a service that legal reflection may offer to Moral Philosophy.

Keywords: Flawed Moral Philosophy, Jurisprudence, Metaethics, Moral human experience.

* Fecha de recepción: 31 de marzo de 2014. Fecha de aceptación: 22 de mayo de 2014.

Agradezco los comentarios y sugerencias de Sebastián ALONSO AGÜERO, Alberto CARRIO, Marisa IGLESIAS, Jorge MALEM, José Luis MARTÍ, José Juan MORESO y Jahel QUERALT.

1. LA FILOSOFÍA MORAL Y EL DERECHO

El 11 de octubre del año 2000 el New York Council for the Humanities le confirió a Ronald DWORKIN la distinción de Scholar of the Year. En ese evento Dworkin ofreció una conferencia titulada «Must Our Judges Be Philosophers? Can They Be Philosophers?» (DWORKIN, 2000). La posición que presentó en esa oportunidad es una que ha ido ganando consenso en nuestro entorno académico¹. La misma sostiene que los juristas abordan problemas que han sido tratados de manera detallada por los filósofos y que, por tanto, harían bien en prestar atención a lo que éstos han dicho.

Los conceptos que son utilizados por los juristas —y los asuntos a los que hacen referencia— son semejantes o idénticos a los que han ocupado a los filósofos morales. Tanto unos como otros están preocupados por identificar en qué consiste la igualdad, la libertad, la responsabilidad, la democracia o la intencionalidad. Los juristas tienen que embarcarse en una tarea que es parcialmente semejante a la que han llevado adelante por siglos los filósofos morales y es lógico y deseable esperar que se beneficien del conocimiento y la experiencia que éstos han acumulado.

Aunque la recomendación de DWORKIN a los juristas se asienta en su particular concepción del derecho, según la cual es necesario ofrecer una lectura moral de la Constitución, no es una tesis que sólo pueda ser defendida sobre estas bases y por la que sólo él haya abogado. Marta NUSSBAUM, por caso, ha sostenido una posición semejante sin tener una concepción acerca del derecho que sea semejante a la de DWORKIN (NUSSBAUM, 1993).

Según NUSSBAUM los usos que la filosofía puede tener para los juristas son variados. La Filosofía no sólo ha trabajado sobre los mismos conceptos que utilizan los juristas —entre los que ella destaca los conceptos de libre albedrío, emoción, sexualidad y calidad de vida— sino que también puede aportar claridad en cuestiones metodológicas y epistemológicas, ofrecer soluciones a problemas políticos concretos tales como los vinculados, por ejemplo, con la regulación de la profesión médica, investigar sobre la naturaleza de los sistemas jurídicos —que es lo que mayormente han hecho los filósofos del derecho— y ayudar a que los juristas mantengan vivo su afán por seguirse cuestionando acerca de las cuestiones controvertidas en lugar de intentar darles una rápida solución.

Hasta alguien tan lejano a la concepción del derecho defendida por DWORKIN, como Richard POSNER, parece acordar en que las herramientas filosóficas son de utilidad para el jurista. Según POSNER «...las técnicas de la filosofía analítica y las del razonamiento jurídico son similares...» (POSNER, 1993: 465). Sin embargo, POSNER piensa que los juristas se han mostrado más capaces de apropiarse de los desarrollos de la filosofía, que lo que han sido los filósofos de interiorizarse en los asuntos jurídicos. Por esta razón considera, a diferencia de NUSSBAUM, que no existe ningún aporte relevante que los filósofos puedan realizar en las escuelas de derecho. Lo que diferencia a POSNER de NUSSBAUM y DWORKIN no es la idea de que la Filosofía tenga aportes que

¹ Me refiero a las escuelas de derecho con una fuerte tradición ius-positivista de España, Italia y Latinoamérica.

realizar al derecho, sobre lo que acuerdan, sino el que los filósofos tengan algo que aportar².

La idea que los juristas deben aprender de la Filosofía tampoco está circunscrita en el tiempo. No se trata de una idea que haya sido introducida recientemente por autores contemporáneos como los que he señalado. NUSSBAUM se ha encargado de señalar cómo la misma idea podía encontrarse ya, aunque con diferentes matices, en SÓCRATES y ARISTÓTELES. Para el primero, el filósofo debía tomar las concepciones elaboradas por los juristas y los funcionarios en general, con el objeto de dotarlas de mayor rigor y claridad. Este en última instancia era el fin que perseguía el método mayeútico. ARISTÓTELES, por su parte, compartía esta visión de la filosofía como herramienta para alcanzar la claridad y el rigor conceptual (NUSSBAUM, 1993: 1628).

Esta convicción de que la Filosofía —al menos la corriente analítica— tiene algo para aportar a los juristas tampoco es algo que haya sido señalado sólo por filósofos o juristas del pasado o del presente. Recientemente ha sido refrendada por la *American Bar Association*. Dicha Asociación a comienzo del año 1989 estableció, a través del Consejo de la Sección de Educación Jurídica y Admisión al Ejercicio Profesional, la denominada «Fuerza Operativa». Su objetivo era desarrollar un Listado de Habilidades y Valores que un abogado debería tener y, por tanto, una escuela de derecho debería transmitir. En 1992 —luego de más de dos años de estudio— la «Fuerza Operativa» publicó un listado de diez habilidades que todo abogado debía poseer. La lista incluía habilidades que se encuentran vinculadas con el pensamiento filosófico en general —como la referida a la resolución de problemas o el análisis— pero también habilidades vinculadas de modo expreso con la Filosofía Moral. En este sentido, se recomendaba que los abogados desarrollasen las «...habilidades involucradas en el reconocimiento y resolución de dilemas éticos» (ABA, Section of Legal Education and Admission to the Bar, 1992: 135)³. Al explicar esta habilidad agrega que los abogados debían conocer «...*(a)spects of ethical philosophy bearing upon the propriety of particular practices or conduct (such as, for example, general ethical precepts calling for honesty, integrity, courtesy and respect for others; general ethical prohibitions against lying and misrepresentation)...*» (ABA, Section of Legal Education and Admission to the Bar, 1992: 204).

La convicción de que la Filosofía en general, y la Filosofía Moral en particular, tiene algo que aportar al derecho se ha extendido durante los últimos años no sólo entre los juristas sino también entre los abogados. Esto ha tenido el efecto benéfico de favorecer una mayor interdisciplinarietà en la enseñanza del derecho. Las escuelas de derecho han abierto sus puertas a prestigiosos filósofos morales, y juristas y abo-

² POSNER piensa que los estudiantes que demuestren talento para la filosofía se verán naturalmente atraídos a seguir la carrera de derecho dado que se trata del mismo talento requerido para ser abogado y la profesión de abogado está mucho mejor pagada que la de filósofo. Señala al respecto: «... *A college student who has done well in philosophy and thinks he might like to apply philosophy to law has a reasonable expectation of doing well in law school, and a law degree is the only graduate degree he needs in order to become a law professor at twice the salary a philosophy professor can command or to become a legal practitioner at several times the salary that either can command...*» (POSNER, 1993: 465).

³ El reporte que contenía el Listado de Habilidades y Valores sostenía que «*In order to represent a client consistently with applicable ethical standards, a lawyer should be familiar with: the nature and sources of ethical standards; the means by which ethical standards are enforced; the processes for recognizing and resolving ethical dilemmas*» (ABA, Section of Legal Education and Admission to the Bar, 1992: 140).

gados se han dispuesto a aprender el manejo de las herramientas éticas en las que los filósofos aparecían como especialistas. Juristas y abogados se han ubicado en el lugar de alumnos esperando escuchar lo que los filósofos morales tenían para decir sobre los problemas acuciantes que el derecho enfrenta, tales como el aborto, la eutanasia o las manos sucias. La experiencia no ha sido siempre feliz.

En parte esto se ha debido a la urgencia de los juristas y abogados por encontrar soluciones a los problemas prácticos que enfrentan. Éstos perciben que tienen una responsabilidad frente a sus clientes y a la sociedad en general. Tienen que decidir —si son jueces— argüir —si son litigantes— o aconsejar —si son asesores— sobre qué se debe hacer. Esto lleva a que tengan una tendencia a preocuparse más por encontrar la solución a los problemas prácticos que a intentar entenderlos en toda su complejidad. Los abogados y juristas, para decirlo de modo gráfico, se impacientan frente a filósofos morales que encuentran mayor deleite en presentar problemas que en encontrar soluciones. Piensan que los filósofos morales pueden darse el lujo de la reflexión sin fin sólo porque no poseen ninguna responsabilidad práctica. Los filósofos morales pueden darse el lujo de cavilar indefinidamente porque no tienen urgencia de decidir.

Judith Jarvis THOMSON, una de las filósofas morales contemporáneas más prestigiosas tuvo ocasión de padecer en primera persona la impaciencia de los abogados y juristas. Invitada a dictar un curso en la escuela de derecho de Yale, decidió explicar a sus alumnos sus famosos «*trolley cases*». La idea de estos experimentos mentales es mostrar lo dificultoso que es acomodar nuestras intuiciones morales sobre matar por acción u omisión, consecuencias queridas o meramente previstas, responsabilidad directa o indirecta, etc. La complejidad se advierte al mostrar que los casos llevan aparentemente a dilemas sin salida. THOMSON no tuvo éxito en mostrar la complejidad del problema a sus alumnos porque éstos en lugar de detenerse a advertir los problemas que los casos presentaban, una y otra vez le exigían a ella que les dijese cuál era la respuesta correcta⁴.

Las anécdotas podrían multiplicarse y cualquiera que haya estado en contacto con filósofos morales que hayan pasado por una escuela de derecho, habrá escuchado alguna versión de la misma. Los abogados y los juristas están más preocupados por tomar nota de las soluciones que en reflexionar sobre los problemas. Aunque pienso que esto tiene algo de cierto, creo que no es la historia completa. Creo que existe algo que los filósofos morales deben aprender de los juristas y que harían mal en pasar por alto su impaciencia desdeñándola como mero producto del carácter irreflexivo de los abogados. Creo también que los abogados y juristas harían bien en no suscribir el diagnóstico autocomplaciente ofrecido por los filósofos morales, según el cual el problema radica en la falta de capacidad para ascender a las alturas de la reflexión filosófica.

En lo que sigue pretendo contribuir a que esto suceda. En primer lugar, intentaré mostrar que puede existir otra explicación de la impaciencia de los juristas. Sugeriré que ésta tiene más que ver con los defectos de cierto modo de hacer Filosofía Moral

⁴ THOMSON contó esta experiencia a NUSSBAUM, y es esta última quien hace referencia a la misma (NUSSBAUM, 1993: 1640).

que con la falta de carácter reflexivo de los juristas. Espero que esto contribuya a paliar el sentimiento de culpa y minusvalía con el que los juristas abandonan los recintos donde los filósofos morales han intentado iluminarlos, infructuosamente, con su saber.

En segundo lugar, señalaré que la posición de responsabilidad en la que se encuentran los juristas —apremiados por brindar soluciones a problemas concretos— que puede conducirlos a no detenerse a reflexionar, también puede facilitarles una mejor comprensión de los dramas humanos que subyacen a los problemas morales. El tipo de reflexión responsable, enraizada en la experiencia, en la que los juristas son educados puede ayudar a corregir la futilidad de cierta Filosofía Moral orgullosamente desencajada de la experiencia y soberanamente independiente de cualquier responsabilidad práctica. Espero que esto contribuya a que los filósofos morales perciban la contribución que la reflexión jurídica puede brindarles, volviendo a conectar sus elucubraciones teóricas con la experiencia humana.

Después de todo, tal vez exista algo que los filósofos morales deban aprender de los juristas. Tal vez existe un lugar para los juristas en las escuelas de filosofía y no sólo un lugar para los filósofos en las escuelas de derecho. Quizás no sólo los juristas deban aprender de los filósofos morales sino, como el mismo DWORKIN pensaba, también los filósofos morales deban sentarse en el lugar de alumnos y escuchar lo que los juristas tienen para decir.

2. UNA FILOSOFÍA MORAL VICIADA

La anécdota de THOMSON muestra la mala cara de la impaciencia de los juristas. THOMSON es una filósofa moral sutil, profundamente sensible a la experiencia moral y los juristas hubiesen hecho bien en tener la paciencia suficiente para apreciar la magnitud de los problemas que tenía para señalarles. Sin embargo, no todos los casos son como el de THOMSON. En una oportunidad asistí a un seminario donde el ponente concluyó, luego de veinte minutos de exposición, que existía un deber moral de abortar mientras hubiese un ser sintiente cuyo sufrimiento pudiésemos aliviar con los recursos que insumimos en el feto. En otra, la conclusión de la ponencia era que existía un deber moral de hacer que se extinguiesen los animales carnívoros para evitar el sufrimiento de los animales que les sirven de alimento. Y la lista podría continuar.

El estupor y la impaciencia de los juristas frente a estas afirmaciones deberían ser distinguidas cuidadosamente de la impaciencia de los estudiantes de THOMSON. En ambos casos la impaciencia se explica por un vicio, pero mientras en el caso de THOMSON el vicio residía en el carácter irreflexivo de sus alumnos, en el segundo tipo de casos lo viciado es el modo de hacer Filosofía Moral que ejemplifican. No hay nada que los juristas deban corregir o revisar en su reacción negativa frente a este modo viciado de hacer Filosofía Moral.

Creo que lo peor que podría suceder es que los juristas no distingan entre ambos modos de hacer Filosofía Moral. La falta de discernimiento puede conducir a dos resultados indeseables: que los juristas piensen que, dado que su actitud frente a posiciones como la de THOMSON era injustificada, lo mismo debe suceder con su impa-

ciencia y desazón frente a quienes afirman que, por ejemplo, existe el deber general de abortar o el de extinguir especies de animales; o que piensen que, dado lo justificado que está su impaciencia frente a ese segundo tipo de Filosofía Moral, entonces no hay nada sensato que puedan aprender de esta disciplina. Es decir, que concluyan que su impaciencia frente a filósofos como THOMSON está justificada.

Es importante, entonces, identificar cuáles son los vicios que pueden aquejar a la Filosofía Moral. En lo que sigue, basándome en lo señalado por Bernard WILLIAMS, identificaré tres: la obsesión por la metaética, la militancia diletante y la insensibilidad a la experiencia moral. De los tres, por lejos, el más pernicioso es el último. Que haya sido un filósofo moral quien identificase los vicios de cierto modo de hacer Filosofía Moral es una muestra de que los juristas se apresurarían si condenasen a todos por los vicios de algunos o, a la inversa, pasasen por alto los vicios de algunos por las virtudes de otros.

En el prefacio de su libro *Morality*, WILLIAMS identifica el primer vicio de la Filosofía Moral en ese momento, esto es 1972. El problema consistía en que la Filosofía Moral no se ocupaba de problemas prácticos. Estaba dedicada a identificar el significado de los términos morales y se había transformado en algo así como una filosofía del lenguaje moral. De este modo de hacer Filosofía Moral focalizada en los problemas metaéticos WILLIAMS decía: «*Contemporary moral philosophy has found an original way of being boring, which is by not discussing moral issues at all...*» (WILLIAMS, 1972: xvii).

Este modo de hacer Filosofía Moral ha ganado espacio en las escuelas de derecho, a la par que lo iba perdiendo dentro de la propia Filosofía Moral. Tal vez haya contribuido a ello el escepticismo moral que caracterizó a cierto tipo de positivismo jurídico. Dado que el interés por el discurso moral no podía ser sustantivo —debido al sesgo escéptico— el único enfoque interesante que podía dársele era uno referido al significado de los términos morales. Otra razón puede encontrarse en el afán de los juristas por encontrar el significado de los términos utilizados en los textos legales. La preocupación por el significado ocupa un lugar central en el derecho, lo que puede explicar que su interés por la moral haya estado también centrado en el significado⁵.

⁵ Philip PETTIT ha identificado razones metodológicas y sustantivas para que los filósofos analíticos creyesen —incluido el positivismo jurídico analítico— que no existía nada de interés en la discusión de las cuestiones morales y políticas sustantivas y cayesen en lo que él denomina «*the long silence*».

Por lo que respecta a las razones metodológicas, PETTIT señala que durante los años veinte y treinta dos proposiciones pasaron a formar parte de la ortodoxia de la filosofía analítica: «*One of these propositions was that evaluative or normative assertions did not serve, or at least did not serve primarily, to essay a belief as to how things are; their main job was to express emotion or approval/disapproval, much in the manner of an exclamation like "Wow!" or "Ugh!" The other proposition was that among assertions that do express belief, there is a fairly exact divide between empirical claims that are vulnerable to evidential checks and analytical or a priori claims, such as mathematical propositions, that are true in virtue of the meaning of their terms*». Dado que la Filosofía Política —y la Filosofía Moral en general— no eran ni una disciplina empírica ni se ocupaban de encontrar verdades a priori, continúa PETTIT, entonces «*...its only task in politics can be to explicate the feelings or emotions we are disposed to express in our normative political judgements. But that job may not have seemed very promising to many philosophers...*» (PETTIT, 1993: 7).

La razón sustantiva del silencio, señala PETTIT, tiene que ver con lo incuestionable que aparecían para los filósofos analíticos —salvo para aquellos como POPPER que habían experimentado cuan atractivo puede ser el totalitarismo— valores tales como la libertad y la igualdad. La mayor parte de los filósofos habitaban

Una característica de este modo de concebir la metaética ha sido su aspiración de neutralidad con relación a los problemas de moralidad sustantiva. El discurso metaético se presenta como un discurso de segundo orden, no comprometido con el discurso moral de primer orden. Pretende poseer dos tipos de neutralidad: referencial y predicativa. Una concepción metaética posee neutralidad referencial cuando lo que afirma acerca de la justificación o significado de los juicios morales se refiere y es compatible con todas las posiciones morales de primer orden (GEWIRTH, 1968: 215). La primera posición metaética con este tipo de neutralidad fue el Emotivismo, en el sentido de que lo que sostenía acerca de los juicios morales se aplicaba a todos ellos, sin discriminar acerca de su corrección o incorrección sustantiva⁶. Una concepción metaética posee neutralidad predicativa, en cambio, cuando el predicado que atribuye —y con el cual evalúa— a los juicios morales de primer orden no tiene carácter moral sino, lógico, epistemológico, ontológico, o de otro tipo (GEWIRTH, 1968: 2016)⁷.

Como hasta el modo más original de ser aburrido también termina aburriendo, la situación ha comenzado a cambiar también en las escuelas de derecho con una fuerte tradición positivista de España, Italia y Latinoamérica⁸. La discusión metaética ha perdido gradualmente espacio, salvo en ciertos reductos donde el escepticismo es predicado casi como un dogma. Gradualmente la reflexión ética sustantiva ha comenzado a ganar terreno y el ambiente académico no es tan hostil como solía serlo frente a la reflexión moral. Los juristas han vuelto a pensar que tienen algo para aprender y para decir acerca de los temas morales sustantivos.

un entorno «...where such values as liberty and equality and democracy held unchallenged sway. There were debates, of course, about the best means, socialist or otherwise, of advancing those values. But such debates would have seemed to most analytical philosophers to belong to the empirical social sciences. Hence those philosophers may not have seen any issues worth pursuing in the realm of political philosophy itself» (PETTIT, 1993: 8).

⁶ Como señala Alan GEWIRTH todas las filosofías morales han ofrecido una respuesta a la pregunta por el significado o la justificación de los juicios morales. Sin embargo, estas respuestas se aplicaban sólo a los juicios que consideraban correctos, no a todos los juicios morales con independencia de su contenido. En este sentido, sostiene, la neutralidad referencial es propia del discurso metaético que comienza con el Emotivismo. GEWIRTH piensa que las reflexiones de los filósofos clásicos —como ARISTÓTELES— acerca del significado y la justificación de los juicios morales no poseía ni aspiraba a esta neutralidad. Adicionalmente, sostiene, esto también es cierto de filósofos como KANT y HUME, así como de la Filosofía Moral previa al Emotivismo. Señala: «...When the intuitionists discussed the intuitions by which they held that the meanings of basic moral concepts and the truth of basic moral propositions are grasped, they took as their “data” what they regarded as “the moral convictions of thoughtful and well-educated people” They did not think that the moral doctrines which, in their view, were untrue or incorrect, such as those of Hitler or Mussolini, were themselves grasped by intuition...» (GEWIRTH, 1968: 215)

⁷ Sólo este tipo de discurso metaético, que por otra parte es el que ha ganado adeptos en las escuelas de derecho con fuerte tradición positivista debido a su aspiración de neutralidad, es el que queda sujeto a la crítica de WILLIAMS que he formulado. La discusión sobre la justificación última de la moral llevada adelante por Thomas SCANLON, o la referida a la justificación de las teorías de la justicia sobre la base del equilibrio reflexivo desarrollada por RAWLS, para sólo poner dos ejemplos, no aspiran a ser sustantivamente neutrales y no poseen el problema que denuncié en el texto.

Aunque el uso del término metaética se ha ampliado para dar cabida también a reflexiones sustantivas como las antes citadas, sigue siendo dominante un modo de hacer metaética que aspira a la neutralidad. El Expresivismo de Allan GIBBARD y el Proyectivismo de Simon BLACKBURN, son ejemplos paradigmáticos de este enfoque. Como señala Ronald DWORKIN, los filósofos piensan que «...the most fundamental questions about morality are not themselves moral, but rather metaphysical, questions...» (DWORKIN, 2011: 25).

Agradezco a un evaluador anónimo el haberme hecho notar la necesidad de realizar las aclaraciones vertidas en esta nota.

⁸ El cambio se había producido antes en las escuelas de derecho del mundo anglosajón.

Que la discusión moral se haya tornado sustantiva, es algo beneficioso. Sin embargo, en todo cambio la transición implica riesgos y ha creado las circunstancias para que aparezca un segundo modo viciado de hacer Filosofía Moral. Un número creciente de académicos formados en los departamentos de filosofía de las escuelas de derecho, en donde sólo han recibido formación metaética, ha comenzado a hablar de problemas sustantivos. Movidos por intereses morales —en el mejor de los casos— o sólo para estar a la moda o dejar de aburrir —en el peor— se han abocado a la discusión moral y política. El resultado ha sido una mezcla de activismo político y lugares comunes.

Este segundo vicio aqueja mayormente a la Filosofía Moral que se hace en aquellas escuelas de derecho con una fuerte tradición positivista, donde el interés por la metaética ha evitado que sus académicos reciban cualquier formación en la reflexión ética sobre cuestiones sustantivas⁹. El problema radica en que aunque la formación técnica no es condición suficiente para hacer Filosofía Moral, «...*(a)ny body who is going to be interested in moral philosophy must have a decent technical grounding, unless he or she happens to be a genius...*» (WILLIAMS, 1983: 43).

La impaciencia de los juristas frente a estos dos modos viciados de hacer Filosofía Moral, que oscilan entre la preocupación por el significado de los términos morales y el diletantismo, está bien justificada. El aburrimiento que les provocan las interminables elucubraciones metaéticas o las prédicas repletas de obviedades carentes de todo rigor intelectual, no debe llamarlos a la reflexión. Es un síntoma auspicioso de salud mental.

El tercer vicio de la Filosofía Moral es uno sobre el que WILLIAMS trabajó extensamente. Básicamente WILLIAMS señala que existe un problema con la aspiración de brindar una teoría omnicomprendiva de la moralidad que brinde una «...*philosophical structure which, together with some degree of empirical fact, will yield a decision procedure for moral reasoning...*» (WILLIAMS, 1981: x). El problema radica en que una teoría semejante indefectiblemente termina desconectándose de la experiencia moral. Peor aún, la teoría se erige como una especie de legisladora de los sentimientos morales.

Este modo de hacer Filosofía Moral —a diferencia del viciado por la metaética— se ocupa de los problemas concretos y —a diferencia de la torpe militancia— lo hace con instrumental filosófico. No obstante, aunque la técnica y la preocupación práctica son necesarias, no son suficientes. La Filosofía Moral debe comenzar en la experiencia moral y culminar en ella. Una reflexión filosófica que no parte de una conciencia agudizada del drama humano que subyace a los problemas morales y no está abierta a

⁹ Afortunadamente cada vez son más el número de escuelas de derecho que no padecen el sesgo escéptico y la obsesión metaética. Un indicio de ello es el número creciente de tesis doctorales que abordan asuntos sustantivos vinculados con la Filosofía Política, como, por ejemplo, la justificación de los derechos sociales, la evaluación moral de las instituciones jurídicas, derechos humanos o justicia global. La preocupación por los problemas formales vinculados con la sistematización del derecho o los problemas vinculados con la filosofía del lenguaje, aunque siguen estando presentes ha perdido el predominio que solía tener. Algunos de los departamentos de filosofía del derecho de estas escuelas cuentan hoy con personas sólidamente formadas en Filosofía Moral y Política. Un ejemplo paradigmático es el departamento de filosofía del derecho de la Universidad Pompeu Fabra, que en la actualidad cuenta con un potente grupo de Filosofía Política. Lo mismo es cierto de otros centros de altos estudio como la Universidad de Alicante o la Universidad Autónoma de Madrid, por mencionar sólo los casos más notables en España.

variar sus conclusiones por más alejadas que se encuentren de la experiencia moral, es un modo viciado de reflexión.

El vicio ha dado lugar a un modo particular de hacer lo que ha venido a denominarse «filosofía aplicada». Consiste en tomar un conjunto de principios morales generales y pasarlos como un tamiz por todos los problemas morales para obtener respuestas. Primero se resuelven los asuntos de importancia teórica, y luego con los principios generales a mano se desciende a aplicarlos a los problemas concretos. Como ya las cuestiones de importancia han sido resueltas no existe nada en el momento de la aplicación que pueda hacer variar los principios generales. Se trata de un modo cuasi-legalista de hacer Filosofía Moral. Esto ha permitido, según Williams que «...*(a)ll the philosophical journals are full of issues about women's rights, abortion, social justice, and so on. But an awful lot of it consists of what can be called in the purely technical sense a kind of casuistry, an application of certain moral systems or principles or theories to discussing what we should think about abortion...*» (WILLIAMS, 1983: 44).

WILLIAMS pone un ejemplo de este modo de reflexión viciado que lamentablemente se asemeja demasiado al tipo de reflexión moral que puede encontrarse en algunos de los seminarios sobre Filosofía Moral que se dictan en las escuelas de derecho. Señala:

...I recall a notorious article written by a moral philosopher who argues that if abortion is legitimate, then so is infanticide. That is an inference which Catholics have used in the past, but they have always used it to show that abortion was wrong. He uses it to show that infanticide is permissible. I regard his argument as simply fallacious, unsound. But the point is that there is something mildly grotesque about the idea that one can arrive at a conclusion of that human magnitude by pushing around a few quick arguments in a philosophical journal. There is just something odd about that. The moral philosopher has to be reflective about the kind of discourse he is engaged in, the kind of dialogue he is engaged in with the public (WILLIAMS 1983: 44)¹⁰.

Como señala WILLIAMS, existe algo grotesco en que alguien pueda concluir a partir de unas cuantas premisas que el infanticidio está moralmente justificado. Lo grotesco es que pueda llegarse a una conclusión de tal «magnitud humana» sin que esto provoque la revisión de algunas premisas del argumento. Lo inaudito es que la conclusión no funcione como una reducción al absurdo del argumento completo. Es extravagante que pueda concluirse a partir de unas pocas premisas que el infanticidio es permisible —tal como decía el artículo que WILLIAMS tuvo ocasión de leer— o que el aborto o la extinción de los animales carnívoros es un deber moral¹¹ —tal como he tenido ocasión de escuchar—.

¹⁰ Se trata del artículo de Michael TOOLEY, «Abortion and infanticide» (1972), que WILLIAMS luego menciona y critica en *Ethics and the Limits of Philosophy* (WILLIAMS, 1985: 112).

¹¹ Tanto la conclusión de que el infanticidio es permisible como la de que existe un deber moral de provocar la extinción de ciertas especies carnívoras, fueron pensadas originalmente como reducciones al absurdo de las premisas que las sostenían. En este último caso, el primero en extraer esta conclusión como una reducción al absurdo de la premisa que los animales poseían derechos, fue David RITCHIE a finales del siglo XIX. Éste señalaba: «...*Well, then, in our exercise of our power and in our guardianship of the rights of animals, must we not project the weak among them against the strong? Must we not put to death blackbirds and thrushes because they feed on worms, or (if capital punishment offends our humanitarianism) starve them slowly by permanent captivity and vegetarian diet? What becomes of the "return to nature" if we must prevent the cats nocturnal wanderings,*

Aunque la crítica de WILLIAMS se dirige a todo tipo de teoría moral, creo que una vez que uno advierte las razones que subyacen a la misma es posible afinarla precisando su objetivo. El blanco de la crítica son aquellas formas de reflexión moral que no reconocen que ciertas prácticas de ofrecer consideraciones como razones morales no necesitan ser respaldadas a su vez por razones morales más generales. Si uno se embarca en esta búsqueda lineal de razones —sostiene WILLIAMS— «...*there will have to be at least one practice of reason-giving for which no reason is given and which holds itself up. Looked at in one way, this result may encourage the simplification principle I mentioned before: if having an unrationalized principle is irrational, it is good to have as little irrationality as possible*» (WILLIAMS, 1985: 113). Quien realiza esta inferencia, no obstante, está en un error. No ha advertido el carácter central de algunas de nuestras experiencias morales.

Esto no implica que el criterio para decidir qué convicciones morales son correctas deba apelar a la «opinión pública», o a lo que la mayoría considera correcto. La mayoría puede ser tan insensible a la «magnitud humana» de los problemas morales o tan irreflexiva en sus convicciones, como quien realiza el tipo de Filosofía Moral que acertadamente WILLIAMS critica. El error denunciado por WILLIAMS no consiste en que los filósofos morales que critica no realicen encuestas de opinión¹². Tampoco consiste en una mera acusación de regreso al infinito. El error reside en creer que una convicción moral es irreflexiva, y no puede ser utilizada como una razón, a menos que exista una razón para utilizarla de esta manera. Lo equivocado es desgajar la reflexión moral de la experiencia moral, para concluir que toda creencia moral que no puede justificarse a partir de una razón ulterior es por ese mero hecho un prejuicio que no debe ser atendido¹³.

Este modo erróneo de concebir cuando una creencia moral está injustificada conduce de modo natural a una concepción fundacionalista de la justificación moral. Toda creencia moral —para no ser irreflexiva y prejuiciosa— debe estar justificada en otra creencia o principio moral de mayor grado de generalidad. Mientras más general es un principio, más fundamental o importante es el valor al que se refiere. Cuando un principio entra en conflicto con una creencia moral particular —por ejemplo, que matar a éste niño es inmoral o provocar la extinción indolora de este animal carnívoro es inco-

lest she should wickedly slay a mouse? Are we not to vindicate the rights of the persecuted prey of the stronger?...» (RITCHIE, 1894: 109).

¹² Adam SWIFT ha criticado de modo acertado esta apelación a la «opinión pública» para validar los juicios morales acerca de la justicia. SWIFT sostiene que ésta es —en parte— la posición defendida por David MILLER. SWIFT piensa que esta «relación constitutiva» entre la «opinión pública» y la validez de los juicios de justicia es falsa. No obstante piensa que existen otros tipos de vinculación que son válidos. La «opinión pública» es relevante para determinar si es posible llevar una concepción de justicia a la práctica, para determinar si sería legítimo hacerlo, o para determinar el contenido de las exigencias de justicia si los principios de justicia correctos son deferentes con las expectativas de los individuos (SWIFT, 2002: 13-28).

¹³ Señala WILLIAMS al respecto: «*“Prejudice” is a powerful and ambiguous word, and its relations to theory are equally ambiguous. It has played a large role in the Cartesian tradition, in which any belief counts as a prejudice that has not yet been given a foundation. In this sense, it is certainly contrasted with theory, but in this sense, as I have already said, everything is a prejudice, in science as in ethics. In another and narrower sense, it means any belief one holds only because one has not reflected on it. In this sense, it may well be that we inevitable have prejudices, but at any rate the reflection demanded, which some beliefs will survive, need not be the reflections of ethical theory...*» (WILLIAMS, 1985: 117).

recto— es la intuición moral particular la que debe ceder, a menos que encontremos un principio general que la justifique. Sólo en este caso la profundidad de los valores en conflictos será comparable.

Esta deriva fundacionalista posee dos variantes. La primera, más extrema, niega a las creencias o intuiciones morales particulares cualquier valor. Éstas no tienen siquiera valor epistémico para descubrir cuáles son los principios morales correctos. Los principios morales son auto-evidentes —de modo que no es necesario apelar a las convicciones morales particulares para de allí elevarse a los principios generales que las justifican— y las creencias morales particulares sólo están justificadas si derivan de estos principios generales. Peter SINGER, un cultor de este modo de hacer Filosofía Moral, deja clara su concepción cuando afirma que un filósofo moral debería «... *search for undeniable fundamental axioms; build up a moral theory from them; and use particular moral judgments as supporting evidence, or as a basis for ad hominem arguments, but never so as to suggest that the validity of the theory is determined by the extent to which it matches them...*» (SINGER, 1974: 517)¹⁴.

La segunda concede a las creencias morales particulares un rol epistémico. Las intuiciones morales son irreflexivas e injustificadas a menos que estén respaldadas por un principio general que las funde. En esto no se diferencia de la posición anterior. Tampoco se diferencia en la mayor importancia que concede a los principios generales frente a las creencias morales particulares, cuando entran en conflicto. Jeff MCMAHAN, un defensor de esta segunda variante, afirma que «...*the principles seem to be epistemically more basic, more secure. They articulate our core values which unify, explain, and justify our intuitive judgments... In short, the principles are foundational with respect to the intuitions...*» (MCMAHAN, 2013: 114). Sin embargo, se diferencia de la posición anterior en tanto sostiene que «...*it does not regard the foundational principles as self-evident...*» (MCMAHAN, 114). Los principios fundacionales son descubiertos a través de un proceso de equilibrio reflexivo cuyo punto de partida son las intuiciones o creencias morales particulares (MCMAHAN, 2013: 111)¹⁵.

Lo relevante es que ambas posiciones comparten la idea errónea de que es irreflexivo e injustificado tomar algo como una razón, a menos que exista una razón para utilizarla de esta manera. El tipo privilegiado de reflexión moral es de orden subsustitvo. De acuerdo con esta visión, «*(w)hen one's moral intuition is challenged by another person, it is natural to respond by appealing to claims of a higher level of generality that imply or explain the intuition. The assumption is that the credibility of the intuition is enhanced if it can be subsumed under a plausible moral principle...*». De acuerdo con la visión, el principio general nos da razones para tomar como una razón el contenido de nuestra intuición particular¹⁶.

¹⁴ Peter SINGER sostiene que este método fundacionalista es el utilizado por Henry SIDGWICK. Disputa así la afirmación de RAWLS en *A Theory of Justice* en el sentido que SIDGWICK utilizaba como método de justificación el equilibrio reflexivo.

¹⁵ Aunque este modo de hacer Filosofía Moral se aleja de lo que WILLIAMS denominaba «filosofía aplicada», comparte con ésta la convicción de que sólo es racional o reflexivo considerar a algo como una razón si existen razones más generales para hacerlo.

¹⁶ Agradezco a un evaluador anónimo el haberme hecho notar la necesidad de introducir estas precisiones.

Un ejemplo puede ayudar. Supongamos que tengo la intuición de que es moralmente incorrecto matar seres humanos. Supongamos, adicionalmente, que alguien cuestiona que el hecho de que algo sea un ser humano es una razón para no matarlo. Según este modo viciado de hacer Filosofía Moral tal desafío me obligaría a buscar un principio más general que justificase la intuición particular que tengo en relación con los seres humanos¹⁷. Por ejemplo, uno que señalase que es moralmente incorrecto matar seres sintientes. Si no puedo encontrar un principio general que respalde mi intuición con respecto a los seres humanos, entonces afirmar que la mera humanidad es una razón para no matar es una afirmación irreflexiva. No es más que la manifestación de un tipo de prejuicio especista¹⁸.

Una vez que se abandona la idea errónea de que es irreflexivo tomar algo como una razón a menos que existan razones para hacerlo —y la necesidad de unificar la moral en principios generales (en el límite, un único principio)— desaparece la falsa conexión entre generalidad e importancia o profundidad. Las creencias morales particulares no son irreflexivas por el mero hecho de que no pueda brindarse un principio general en su respaldo, y los principios generales no poseen indefectiblemente mayor importancia que las creencias morales particulares¹⁹. El carácter reflexivo de una creencia no le viene dado por el hecho de estar justificada en otra creencia general que corporiza un valor moral de mayor importancia. A riesgo de decir lo obvio, es necesario señalar que una creencia es reflexiva cuando ha sido objeto de reflexión, esto es, cuando ha sido examinada y no se han encontrado razones para sospechar que ha sido generada por factores que hagan dudar de su corrección, tales como el auto-interés, la indoctrinación, la manipulación, la presión de grupo, etcétera.

¹⁷ Es necesario enfatizar que lo señalado en el texto no implica afirmar que todo tipo de fundacionalismo es un modo viciado de hacer Filosofía Moral. Lo viciado es la idea de reflexión subsuntiva que conduce a apartarse de la experiencia moral en busca de principios cada vez más generales. Aunque este modo de concebir a la reflexión moral conduce naturalmente al fundacionalismo, esto no significa que sea la única manera de llegar a él. Pueden brindarse razones a favor del fundacionalismo que no tengan nada que ver con este modo viciado de concebir la reflexión moral.

¹⁸ Utilizo este ejemplo debido en parte a que es uno al que el mismo WILLIAMS hace referencia. WILLIAMS pensaba que era absurdo sostener que existía algo como el *prejuicio especista*, creo que en parte por las razones que ofrezco en el texto. Su posición sobre este asunto puede cotejarse en WILLIAMS. Para ver detalladamente la posición de WILLIAMS sobre este asunto *vid.* WILLIAMS, 2006.

¹⁹ Este modo de concebir las intuiciones morales, como dotadas de una importancia comparable a la de los principios generales, es acorde con el modo en que RAWLS entiende la justificación moral. Tal como RAWLS entiende el equilibrio reflexivo, a diferencia de como lo hace MCMAHAN, éste debe incluir «...*our considered convictions at all levels of generality; no one level, say that of abstract principles or that of particular judgments in particular cases, is viewed as foundational. They all may have an initial credibility...*» (RAWLS, 1993: 8). Más adelante agrega «...*it is a mistake to think of abstract conceptions and general principles as always overriding our more particular judgments...*» (RAWLS, 1993: 45).

Este es un punto sobre el que el pensamiento de RAWLS ha ido evolucionando. El papel concedido a los juicios o intuiciones morales particulares es mucho más importante en sus primeros escritos. Allí RAWLS proponía un procedimiento para validar principios generales cuyo punto de partida era seleccionar los juicios morales particulares que pudiesen pasar el test de la reflexión. Luego se pasaba a obtener principios generales cuya aplicación a los casos concretos diese como resultado los juicios particulares de los cuales se había partido (RAWLS, 1951).

Por lo que respecta al método del equilibrio reflexivo, cabe destacar que WILLIAMS también suscribe la idea de que se trata de la herramienta adecuada en materia moral. Así, afirma que «...*to the extent that we are thinking about the systematic representation of the content of ethics, the right method is something like reflective equilibrium... I think that that aspect of Rawls's project is admirable...*» (WILLIAMS, 1999: 245).

No hay nada que garantice que los principios generales sean más inmunes a este tipo de factores distorsionantes que lo que son las creencias morales particulares. Así, un principio tan general como el que sostiene que el carácter sintiente de un ser posee relevancia moral con independencia de si éste es o no un ser humano, puede perfectamente haber sido adoptado fruto de un mecanismo espurio. Si existe un grupo unido por este credo, alguien podría haber llegado a suscribirlo como un modo de lograr aceptación y contención. O podría tratarse de una manera de cobrar notoriedad en un ambiente donde las posiciones más extremas son las más escuchadas. O de una manifestación de desprecio y resentimiento hacia otros seres humanos. O de un afán de verse como superior moralmente a la mayoría que no acepta esta posición extrema²⁰.

Elevarse de las creencias morales particulares a principios generales no es equivalente a reflexionar. Menos aún lo es ser insensible a la experiencia moral. La impaciencia de los juristas con este modo de hacer Filosofía Moral no debe ser corregida ni revisada. Lo que debe ser corregido es esta manera de hacer Filosofía Moral que, en palabras de WILLIAMS, «... it becomes so ar idly simplified that it really does not help people to think very well» (WILLIAMS, 1983: 44). Tal vez la impaciencia de los juristas no se debe a su carácter irreflexivo, o a su falta de conocimiento del instrumental filosófico, como usualmente piensa el filósofo moral incomprendido para reforzarse en su posición. Tal vez su impaciencia se debe a que no son indiferentes a la «magnitud humana» de las conclusiones que se extraen, o de lo que públicamente se afirma²¹.

3. LAS VIRTUDES DE LA REFLEXIÓN JURÍDICA

De los tres vicios que he señalado —la obsesión metaética, el activismo diletante y el distanciamiento de la experiencia moral— sin duda el último es el más peligroso. La tendencia humana a ocuparnos de los problemas sustantivos e importantes, y la preocupación de los juristas por los problemas prácticos, se presenta como un antídoto lo suficientemente potente contra la obsesión metaética. Prueba de tal hecho es que la reflexión sustantiva ha ido ganando cada vez más espacio y es de esperar que esta tendencia que comenzó en el ámbito de la Filosofía continúe avanzando en los departamentos de Filosofía de las escuelas de derecho. En aquellos lugares donde hoy se mantiene la obsesión metaética se debe más a circunstancias históricas y personales que a razones teóricas²².

²⁰ Refiriéndose a quienes defienden la posición anti-especista, y en consonancia con el tipo de explicaciones que sugiero en el texto, WILLIAMS señala: «In many, more limited, connections hopes for self-improvement can lie dangerously closet to the risk of self-hat red. When the hope is to improve humanity to the point at which every aspect of its hold on the world can be justified before a higher court, the result is likely to be either self-deception, if you think you have succeeded, or self-hatred and self-contempt when you recognize that you will always fail. The self-hatred, in this case, is a hatred of humanity...» (WILLIAMS, 2006: 152).

²¹ Este tercer vicio debe ser distinguido de la insensibilidad de los principios morales a las consideraciones empíricas. Existe actualmente un profuso debate alrededor de la relevancia de lo que denominan teorías ideales. El defecto que se pone de manifiesto en el texto no está vinculado con la insensibilidad a datos empíricos sino con la insensibilidad a ciertas intuiciones morales.

²² José Juan MORESO ha sido uno de los juristas que con más ahínco ha combatido esta obsesión en el seno de las escuelas de derecho. Específicamente ha dedicado sus esfuerzos a mostrar que no existe ninguna conexión conceptual entre positivismo jurídico, relativismo moral y liberalismo político o tolerancia (MORESO, 2012; 2013).

El diletantismo activista es más arriesgado que el anterior vicio porque ocupa el espacio que la reflexión moral y política debería tener. Mientras en el caso anterior no se lleva adelante reflexión sustantiva, en este caso se abordan los problemas sustantivos pero sin ninguna reflexión. El riesgo reside en que los juristas terminen convencidos de que la Filosofía Moral es ese conjunto de trivialidades y admoniciones que el diletante tiene para decir. No obstante, los juristas más que nadie están adiestrados para identificar sofistas y farsantes. Parte de su impaciencia frente a este modo de hacer Filosofía Moral creo que se debe a esto.

El tercer vicio, la falta de sensibilidad a la experiencia moral, es más difícil de erradicar. Sin embargo, es aquí donde la reflexión jurídica tiene más que aportar a modo de antídoto. En primer lugar, ha sido el derecho y la reflexión jurídica la que ha tenido que dar respuesta a los problemas prácticos de las sociedades humanas. Durante casi cuatro mil²³ años los juristas han tenido que enfrentarse a los problemas sustantivos —aborto, eutanasia, responsabilidad por daño, etc.— en primera persona. Esto los posiciona mejor que nadie para percibir la «magnitud humana» de los problemas que enfrentan.

Los juristas en sus diferentes áreas —derecho civil, de familia, ambiental, etc.— se enfrentan a diario al mismo drama humano que confronta la Filosofía Moral. Los problemas prácticos de personas de carne y hueso han desfilado durante siglos frente a sus ojos. Es esta inmediatez con los problemas prácticos lo que les permite advertir lo que algunos filósofos morales no pueden. Es esta situación la que ha agudizado su sensibilidad y los vuelve impacientes con soluciones completamente alejadas de la experiencia humana. Quien a diario trabaja con problemas familiares no puede concebir que se argumente a favor del deber general de abortar. Quien a diario se enfrenta a problemas ambientales reales se impacienta cuando se le dice que existe el deber general de extinguir especies. Su sensibilidad frente a la complejidad y magnitud del problema le impide tomarse en serio estas soluciones planas.

En segundo lugar, los juristas han sido investidos con una responsabilidad práctica. No sólo deben enfrentar problemas reales sino que además deben ofrecer soluciones. El objetivo principal de la reflexión de los juristas no es publicar en revistas especializadas o sorprender a su mentor. Su objetivo es encontrar la solución adecuada para un caso que tiene la responsabilidad de resolver. Esta reflexión responsable que soluciona los problemas teóricos con la mirada puesta en la realidad, puede servir para corregir la despreocupación de cierta Filosofía Moral por el carácter contraintuitivo o fantástico de sus conclusiones. La necesidad de ofrecer soluciones concretas a problemas reales —que caracteriza a los juristas y que padeció THOMSON— tal vez pueda, después de todo, funcionar como una virtud.

Por último, existe algo en el estilo de la reflexión jurídica que puede servir para corregir el distanciamiento entre la reflexión y la experiencia moral. En su intento de remontarse a los primeros principios de la moralidad, el razonamiento moral corre el riesgo de perder el hilo conductor que lo conecta con la experiencia moral que le sirve de punto de partida. La reflexión sobre la experiencia moral humana al ascender en

²³ Tomo como dato de referencia la fecha en la que se ubica temporalmente al Código de Hamurabi (aproximadamente 1770 AC).

su nivel de abstracción corre el riesgo de desfigurarla hasta perder de vista su carácter humano. La reflexión jurídica posee una deferencia hacia la experiencia pasada que puede servir de contrapeso a este vuelo ascendente.

La reflexión jurídica mira hacia la experiencia humana acumulada en el pasado. Presupone que hay algo valioso —aunque sea en germen— en las respuestas que otros seres humanos han dado de modo reflexivo a los problemas humanos. Los juristas son entrenados en esta forma de argumentar. Por supuesto, esta forma de argumentación corre el riesgo de consagrar el *statu quo* y por ello necesita del acicate de la reflexión filosófica. Sin embargo, también representa una virtud: la reflexión jurídica es, por decirlo de algún modo, humilde; es una empresa humana colectiva, enraizada en la experiencia.

Para la Filosofía Moral viciada a la que he hecho referencia, por el contrario, el solipsismo es una virtud. Mientras más solo se encuentre este tipo de filósofo moral en sus posiciones, mayor es su convicción de que ha llegado a los más altos principios morales donde nadie antes que él ha tenido el coraje o la inteligencia de ascender. Su soledad —esto es, el carácter contraintuitivo de sus conclusiones— se transforma en la prueba de su éxito. En las cumbres siempre se está solo. A lo sumo lo que queda es reunirse con otros pocos que han logrado alcanzar las mismas alturas. Este tipo de reflexión moral, por utilizar un nombre, es ambiciosa.

Pienso que el carácter humilde de la reflexión jurídica puede servir de paliativo a la ambición de este tipo de Filosofía Moral. Puede contribuir a que el filósofo moral deje de ver el carácter extremo de sus conclusiones como una virtud. Puede ayudar a que deje de percibir su aislamiento como prueba de su éxito. Puede favorecer que la Filosofía Moral vuelva a tener contacto con la experiencia moral que la nutre. Tal vez viendo el estilo deferente a la experiencia que posee la reflexión jurídica, este tipo de filósofo moral descubra que existe un estilo deferente a la experiencia moral de hacer Filosofía.

Una vez más, no se trata de crear un tipo de jurisprudencia filosófica que apela a la autoridad de las opiniones del pasado o a las opiniones comunes del presente. Simplemente se trata de recordar a este tipo de filósofos morales lo que Henry SIDGWICK —alguien por otra parte interesado también en elevarse al principio último de la moral— sostenía. Según él, identificar lo moralmente correcto no puede quedar exclusivamente en manos de los filósofos morales «...because their moral judgment on any particular question of duty, even supposing them to have obtained all available information as to the particular facts of the case, is not to be trusted, unless it is aided, checked, and controlled by the moral judgment of persons with less philosophy but more special experience» (SIDGWICK, 1893: 7). Pues bien, nadie con más experiencia en abordar los problemas prácticos que los juristas.

El servicio que los juristas pueden prestarle a la Filosofía Moral era destacado por DWORKIN en la conferencia a la que he hecho referencia al inicio de este trabajo. La importancia de este servicio se vuelve evidente una vez que se advierte lo pernicioso del vicio que puede corregir. DWORKIN finalizaba su conferencia señalando que los juristas están capacitados para percibir con mayor agudeza las implicaciones de los principios morales y políticos, y para considerar las cuestiones morales en contextos

reales (DWORKIN, 2000: 14). Aunque su consejo de prestar atención a la Filosofía Moral ha sido seguido por los juristas, no estoy seguro que haya sucedido lo mismo con el consejo en sentido inverso dirigido a los filósofos morales.

4. CONCLUSIÓN

Existen diferentes servicios que los filósofos morales pueden prestarles a los juristas. En primer lugar, la Filosofía Moral —al menos la analítica— puede enseñar a los juristas las herramientas de análisis y mostrarle su uso para abordar problemas prácticos. La Filosofía Moral y la reflexión jurídica comparten parcialmente el instrumental técnico y el contacto entre una y otra puede ser beneficioso. En segundo lugar, el carácter pausado de la reflexión moral —no acuciada por urgencias institucionales— puede ayudar a paliar la tendencia de los juristas a preocuparse sólo por la búsqueda de soluciones. Finalmente, en tercer lugar, la reflexión jurídica puede beneficiarse de las conclusiones sustantivas a las que han arribado los filósofos morales sobre temas prácticos. Los problemas que han ocupado a la Filosofía Moral y al derecho, después de todo, son semejantes.

Hay, no obstante, tres maneras viciadas de hacer Filosofía Moral frente a las cuales los juristas han hecho bien en mostrarse impacientes. La primera consiste en la obsesión metaética fundada en un sesgo escéptico hacia cualquier reflexión sustantiva. La segunda es el diletantismo activista de aquellos que sin ninguna preparación teórica se dedican a hablar de problemas morales y políticos. La tercera consiste en una forma de reflexión filosófica que en su afán de encontrar los principios supremos ha perdido todo contacto con la experiencia moral humana.

El contacto con los juristas puede ayudar a combatir estos vicios, prestando de este modo la reflexión jurídica un servicio a la Filosofía Moral. Aunque la obsesión metaética, como he señalado, ha caído por su propio peso, el contacto con los juristas puede contribuir activamente a su definitivo descenso. Los juristas están ávidos de encontrar soluciones a problemas sustantivos, lo que es incompatible con la «dieta lingüística» que los obsesionados con la metaética le ofrecen.

Aunque tampoco representa un gran riesgo, el diletantismo activista también puede ser combatido por el contacto con los juristas. Este tipo de diletante tiende a presentarse frente a los filósofos como un jurista y frente a los juristas como un filósofo. Los filósofos le perdonan su falta de preparación técnica porque imaginan que lo que tiene para decir posee alguna relevancia jurídica. Los juristas suelen escucharlo porque se presenta como un filósofo. Nada mejor que unos y otros converjan para que se vuelva evidente que el diletante no es ni filósofo ni jurista.

Finalmente, y lo que es más importante, el contacto con los juristas puede ayudar a corregir el vicio más pernicioso de la Filosofía Moral. Puede ayudar a que los filósofos morales tengan una conciencia agudizada de la «magnitud humana» de los problemas que enfrentan y las soluciones que proponen. La reflexión jurídica, dado su carácter situado, urgido y responsable, puede contribuir a que los filósofos morales no pierdan contacto con la primera experiencia de ser humanos en su afán por encontrar los principios últimos.

El contacto con los juristas puede ayudar a que los filósofos morales no sucumban a la tentación de creer que el hecho de que no puedan encontrar razones para que algo cuente como una razón determina que deban dejar de considerarlo una razón so pena de irracionalidad. Este error ha llevado a los filósofos morales a despojarse de las experiencias morales más básicas. Así, por ejemplo, que no podamos esgrimir ninguna razón para considerar que matar a un ser humano es inmoral por el mero hecho de que se trata de un ser humano no hace que debamos abandonar la idea de que la humanidad es valiosa. Tal vez, como señala WILLIAMS, esto simplemente prueba que el valor moral de la humanidad «... *is more directly convincing than any reason that might be advanced for it... is more convincing as a reason than any reason which might be advanced for its being a reason...*» (WILLIAMS, 1981: 81).

BIBLIOGRAFÍA

- ABA, Section of Legal Education and Admission to the Bar, 1992: *Legal Education and Professional Development —An Educational Continuum—. Report of the Task Force on Law Schools and the Profession: Narrowing the Gap.*
- DWORKIN, R., 2000: «Must Our Judges Be Philosophers? *Can They Be Philosophers?*», conferencia ofrecida en ocasión de recibir la distinción de Scholar of the Year por el New York Council for the Humanities. El texto original de la conferencia puede cotejarse en <http://www.culturefront.org/culturefront/Dworkin.html>. Versión castellana en *Estudios de Derecho*, vol. LXIV., núm. 144, diciembre de 2007.
- 2011: *Justice for Hedgehogs*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- GEWIRTH, A., 1968: «Metaethics and Moral Neutrality», *Ethics*, 78: 214-225.
- MCMAHAN, J., 2013: *The Blackwell Guide to Ethical Theory*, LA FOLLETE, HUGH y PERSSON, INGMAR (eds.), Oxford: Wiley-Blackwell.
- MORESO, J. J., 2012: «Positivismo Jurídico, Relativismo Moral y Liberalismo Político», *Teoría Política*, 2.
- 2013: «Donde la Pala se nos Dobla: de Nuevo Sobre Metaética y Política», *Teoría Política*, 3.
- NUSSBAUM, M., 1993: «The Use and Abuse of Philosophy in Legal Education», *Stanford Law Review*, 45: 1627-1645.
- PETTIT, Ph., 1997: «Analytical Philosophy», en *A Companion to Contemporary Political Philosophy*, R. GOODIN, P. PETTIT y T. POGGE (eds.), Cambridge, Mass.: Blackwell, 5-35.
- POSNER, R., 1993: *Overcoming Law*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- RAWLS, J., 1951: «Outline of a Decision Procedure for Ethics», *Philosophical Review*, 60: 177-197.
- 1993: *Political Liberalism*, Expanded Edition, New York: Columbia University Press.
- RITCHIE, D. G., 1894: *Natural Rights*, London: Swan Sonnenschein.
- SIDGWICK, H., 1893: «My Station and Its Duties», *International Journal of Ethics*, 4: 1-17
- SINGER, P., 1974: «Sidgwick and Reflective Equilibrium», *The Monist*, 58: 490-517.
- SWIFT, A., 2002: «Social Justice: Why Does it Matter What the People Think», en D. BEEL y A. DE-SHALIT (eds.), *Forms of Justice: Critical Perspectives on David Miller's Political Philosophy*, Lanham: Rowman & Littlefield Publishers.
- TOOLEY, M., 1972: «Abortion and Infanticide», *Philosophy and Public Affairs*, 2: 37-65. WILLIAMS cita la versión presente en M. COHEN, Th. NAGEL y Th. SCANLON (1983), *The Rights and Wrongs of Abortion*, Princeton: Princeton University Press.

- WILLIAMS, B., 1972: *Morality*, Cambridge: Cambridge University Press.
- 1981: *Moral Luck*, Cambridge: Cambridge University Press.
 - 1983: «The uses of Philosophy» (entrevista realizada por Donald McDONALD), *The Center Magazine*, noviembre/diciembre 1983: 40-49.
 - 1985: *Ethics and the Limits of Philosophy*, London y New York: Routledge.
 - 1999: «Seminar with Bernard Williams», *Ethical Perspectives*, 6: 243: 265.
 - 2006: *Philosophy as a Humanistic Discipline*, Princeton y Oxford: Princeton University Press.

LE FILS NATUREL (1757), DE DIDEROT, O LA ESPECTACULARIDAD DE UNA «CONDITION» JURÍDICO-FAMILIAR

José Calvo González

Universidad de Málaga

RESUMEN. Estudio interdisciplinario de «Derecho y Literatura» sobre *Le fils naturel* con análisis de la categoría dramática y jurídica de «*condition*». Referencia a la posición jurídica del «hijo natural» en el derecho francés de la época y el Code civil, así como al valor de su espectacularidad escénica en la teoría del drama burgués diderotiano, y posterior *excursus* jurídico-literario en Honoré BALZAC y Alejandro DUMAS (hijo).

Palabras clave: derecho y literatura, teatro, Denis DIDEROT, nuevo «contrato social» y derecho de familia, relaciones paterno-filiales.

Diderot's *Le Fils naturel* (1757), or the spectacularity of a juridical «condition» of family

ABSTRACT. Interdisciplinary Study of «Law and Literature» on *Le fils naturel* with analysis dramatic and legal category of «condition». Reference to the legal position of «natural son» in French law of the time and the Civil code, as well as the value of its spectacular scenic in the Diderot's theory of bourgeois drama, and subsequent legal-literary *excursus* Honoré BALZAC and Alexander DUMAS (son).

Keywords: law and literature, theatre, Denis DIDEROT, new «social contract» and family law, parent-child relationship.

* Fecha de recepción: 14 de mayo de 2014. Fecha de aceptación: 12 de junio de 2014.

¡Cuántos incidentes importantes pueden sacarse del asunto más sencillo, si se tiene la paciencia de meditar! ¡Qué color puede dárseles cuando se es elocuente! No se es poeta dramático sin ser elocuente. ¿Y pensáis acaso que careceré de espectáculo?¹

Denis DIDEROT, *La paradoja del comediante*

1. EL ESPACIO ESCÉNICO COMO ESPECTÁCULO EN DIDEROT

El modo de concebir la escena que fue propio del teatro europeo durante el siglo XVII y la primera mitad del XVIII dista mucho del ideado por Denis DIDEROT (1713-1784) en el último tercio de esa misma centuria. En casi todo lo relacionado con el espectáculo escénico, que a lo largo del siglo XVII apenas había logrado más que un desarrollo rudimentario y pobre, es ciertamente posible advertir una profunda renovación a partir de finales del siglo XVIII, por entero perceptible ya desde inicios del siglo XIX. Sin embargo, no creo que la experimentación escenográfica introducida por DIDEROT haya actuado como preparatoria de esa mudanza. La razón estribaría, pienso, en la muy diferente comprensión conceptual de la *espectacularidad* que autores, dueños de compañías teatrales y comediantes tuvieron a la base del diseño escénico en cada uno de esos momentos y periodos.

El tramo final del siglo XVIII y consecutivo hacia el XIX organizó la noción de *espectáculo* teatral a través fundamentalmente del reclamo de la puesta en escena. Los espectadores de esa etapa se sintieron particularmente atraídos por la novedad escenográfica que en las maniobras de tramoya les ofrecían mutaciones físicas y transformaciones mecánicas capaces de producir ante sus ojos admirables ilusiones espaciales y asombrosos efectos especiales, y así también quedaron fascinados por todo el rico *attrezzo* que en conjunto les entregaba la visión de la pintura de telones, del decorado, la iluminación y el vestuario². Nada de esto hallaremos en el espectáculo teatral diderotiano. A diferencia de aquellas escenografías donde lo espectacular era el ingenio del aparato, y a veces directamente lo aparatoso, el montaje y proceso escénico en las creaciones dramáticas de DIDEROT presenta una *espectacularidad* sencilla, natural, espontánea, que no incide en lo visible para potenciarlo hasta el pasmo y la maravilla, sólo impresionando córnea y pupila, sino que entrevé y pone a la vista lo invisible permitiendo acceder a su contemplación intelectual, es decir, que enfoca a la retina interior y profunda, dándolo al ojo de la inteligencia. Si para otros el espectáculo fue una forma de visión de lo extraordinario, el espectáculo en DIDEROT miró a mostrar la invisibilidad de lo ordinario. A mi juicio, DIDEROT está aquí más cerca del sentido ideal y función primigenia de *spectaculum* —poner a la vista y visibilizar— que todos sus contemporáneos y que muchos de los escenógrafos del tiempo sucesivo.

Que esta clase de *espectacularidad* constituía un experimento visual innovador no es dudoso y es además poco discutible, aunque hoy pueda quizá resultar difícil su comprensión ideológica. Lo estorba, a riesgo incluso de impedirlo, la desvirtuación que la socie-

¹ DIDEROT, 1920: 66.

² GAIFFE, 1910; MÉLÈSE, 1934; LOUGH, 1957; LAGRAVE, 1972; CARLSON, 1972; FRIED, 1980; HAYS, 1981; MITTMAN, 1984; RAVEL, 1993, 1999.

dad tardo y posmoderna ha introducido en el concepto de *spectaculum*, ya alertada por Marshall McLuhan (1964) en la remisión al piélago de imágenes en que a diario se baña nuestra conciencia³, mediación luego denunciada por Guy Debord (1967) como impostura y farsa especular, junto a social también política, que todo lo presenta del revés, más tarde asimismo puntualizada como artificio cultural y simulacro estético en la categoría hiperreal de lo «inmediático» y en la representación delusoria por Jean Baudrillard (1977, 1978, 1987), acaso diagnosticada en su penúltima fase como fútil y volátil moral de civilización todavía recientemente por Mario Vargas Llosa (2008, 2009, 2012).

Es por todo ello, evitando más innecesarios detalles en el recorrido que traza la pervisión del concepto de *spectaculum*, que al proponer la idea de espacio escénico como *espectáculo* en Diderot tampoco me parece que haya existido —o, más allá de cierto teatro modernista y de *avant-garde*, yo no la descubro— recuperación escenográfica diderotiana con el siglo XX, y menos posible se me hace creer que exista alguna semejanza significativa con aquella entre los escenógrafos del presente.

Los medios con que en el espacio escénico Diderot construye el *espectáculo* de las relaciones entre obra y espectador son dos, y ambos visuales. Uno consiste en la adopción de un *punto de vista* que no recurre al *theatrum* para producir sentido de verdad por proximidad con el espectador, verosimilitud realista⁴. Otro es la semiología gestual, o pantomima.

Punto de vista es, a mi parecer, la unidad visual del *tableau* (Diderot, 2008: 128)⁵; o lo que es igual, el encuadre de un espectáculo cotidiano que escenifica el fresco de la vida real visibilizando la «fisonomía» estética, ética, social y política de una época. El *punto de vista* que ofrece el *tableau* es así lo bastante atrayente⁶ y de exuberante realismo como para no precisar de artificios formales y materiales, esto es, de recursos representativos que mediante lances teatrales (*coups de théâtre*) de plasticidad objetual o posicional más o menos forzada y «tramposa» prefiguren, o refiguren, el dispositivo de la posición desde la que el espectador observa. El *tableau* enmarca una visión privilegiada donde el espectador puede observarse en el lugar del espectáculo, y así identificarse con la visión de lo que allí se ofrece a la expectación. El contenido de esa espectacularidad coincide con el lugar ocupado por el espectador, es decir, lo incluye, y más simbólicamente se coordina a una constelación sociológica (Szondi, 1979) de costumbres en la escena de la vida civil —la *vie civile*, *tableau de mœurs*, *tableaux vivants*— articulada en la lógica de la clase burguesa y circunstanciada en su conciencia

³ McLuhan, 1964; McLuhan y Fiore, 1967.

⁴ El logro de la verosimilitud realista en el drama burgués tiene lugar por alejamiento de la fantasía de irreales ficciones. «Que el argumento sea importante y la intriga sencilla, doméstica y vecina a la vida real» y «es muy conveniente presentar a los hombres tal como son. Aquello que deberían ser es algo demasiado sistemático y vago para servir de fundamento a un arte de imitación [...] ¿Qué es verdad? La conformidad de nuestros juicios con los seres. ¿Qué es la belleza de imitación? La conformidad de la imagen con la cosa», escribe en *Conversaciones sobre «El hijo natural»* (Diderot, 2008: 171, 191). En lo demás, Diderot igualmente transfundirá este *verismo* de la estética teatral a la poética narrativa, como ha establecido Hans Robert Jauss por comparativa receptiva (*Rezeptionsästhetik*) entre *Entretiens sur le Fils Naturel* (1757) y *Eloge de Richardson* (1762) (Jauss, 1969: 157-178).

⁵ Es conocida la analogía pictórica con que Diderot construye su concepto: «Una disposición de esos personajes en el escenario, tan natural y verdadera que, plasmada fielmente por un pintor, me agradara sobre una tela, es un cuadro» (Diderot, 2008: 128).

⁶ «Cuanto más se ve un buen cuadro, más gusta» (Diderot, 2008: 172).

de clase media y situaciones cotidianas y domésticas. Pero lo que la espectacularidad organiza es mucho más que una exhibición de registros epocales sobre el costumbrismo burgués; instituye una sociología realista de la moral burguesa y una teoría materialista de su determinación histórico-social. De esta manera, la ideación del espacio escénico como *espectáculo* en DIDEROT logrará hacer visible —aquí está la paradoja, en realidad su consecuencia dialéctica— no una microestructura de vida, sino propiamente una macroestructura de vida.

En cuanto a la novedosa y afortunada⁷ integración escénica de la semiología del gesto a través de la *pantomime*, aun cuando ésta no implique una abolición del discurso⁸, supone no obstante un expediente también sobre todo de naturaleza visual, pues espectacularizaba una «fisonomía» sensorial —corporeizada, carnalizada— de las emociones y pasiones, a distancia de las preferencias textuales, que resultan silenciadas, o con ínfimo apoyo en ellas⁹. Al introducir en escena la retórica del gesto —*signa et indicia faciat motus atque sensus sui*— se interpela al *ojo anímico* del espectador; la mímica de la expresión facial ensaya una *petitio* reactiva (serenidad, deleite, asombro, contracción, contrición, misericordia, dolor, llanto...) frente al observador, quien se identifica activamente con las emociones que ve escenificadas.

Por último, *pantomime* y *tableau* —expresión visual y expresión corporal— interactúan escénicamente¹⁰.

2. EL ESPECTÁCULO «DES CONDITIONS»

La *lógica espectacular* de todo el sistema dramático diderotiano, basada en la fórmula «*imiter la nature*», plantea la cuestión, difícilmente eludible, de la paradoja. *La*

⁷ «La pantomima, tan desatendida entre nosotros, es utilizada en esta escena, y usted mismo ha experimentado con qué éxito» (DIDEROT, 2008: 137).

⁸ FRANTZ, 1998: 25; MORTIER, 1997, e IDA, 1999. En específico sobre pantomima en *Le Neveu de Rameau* acúdase a RAETHER, 1987; y HEARTZ, 1989.

⁹ Conocido es, por cuanto abiertamente confesado por el propio DIDEROT en *Lettre sur les sourds et les muets* (1751), su hábito en alejarse del escenario buscando con ese distanciamiento obtener la perspectiva del conjunto de las varias acciones dramáticas, y de aplicar «sordina» a los parlamentos: «*Je fréquentais jadis beaucoup les spectacles, et je savais par cœur la plupart de nos bonnes pièces. Les jours que je me proposais un examen des mouvements et du geste, j'allais aux troisièmes loges; car plus j'étais éloigné des acteurs, mieux j'étais placé. Aussitôt que la toile était levée, et le moment venu où tous les autres spectateurs se disposaient à écouter, moi, je me mettais mes doigts dans mes oreilles non sans quelque étonnement de la part de ceux qui m'environnaient, et qui, ne me comprenant pas, me regardaient presque comme un insensé qui ne venait à la comédie que pour ne la pas entendre. Je m'embarrassais fort peu des jugements et je me tenais opiniâtement les oreilles bouchées, tant que l'action et le jeu de l'acteur me paraissaient d'accord avec le discours que je me rappelais. Je n'écoutais que quand j'étais dérouter par les gestes, ou que je croyais l'être. Ah! Monsieur, qu'il y a peu de comédiens en état de soutenir une pareille épreuve, et que les détails dans lesquels je pourrais entrer seraient humiliants pour la plupart d'entre eux. Mais j'aime mieux vous parler de la nouvelle surprise où l'on ne manquait pas de tomber autour de moi lorsqu'on me voyait répandre des larmes dans les endroits pathétiques, et toujours les oreilles bouchées. Alors on n'y tenait plus, et les moins curieuses hasardaient des questions auxquelles je répondais froidement "que chacun avait sa façon d'écouter et que la mienne était de me boucher les oreilles pour mieux entendre"; riant en moi-même des propos que ma bizarrerie apparente ou réelle occasionnait, et bien plus encore de la simplicité de quelques jeunes gens qui se mettaient aussi les doigts dans les oreilles pour entendre à ma façon, et qui étaient tout étonnés que cela ne leur réussît pas*» (DIDEROT, 1969-1973: II, 532).

¹⁰ «Hay que ocuparse en serio de la pantomima, abandonar los lances teatrales cuyo efecto es momentáneo y encontrar cuadros» (DIDEROT, 2008: 172).

paradoja del comediante (1773) suscita en efecto el contrasentido actoral de la imitación impostada; el verismo ha de ser únicamente interpretativo, el verismo ha de ser siempre la interpretación de una naturaleza puramente ideal¹¹. Ello debería implicar que no cupiera desanudar la *lógica espectacular* de los límites de la expectativa, y sin embargo aquí deviene la paradoja, pues lo que el comediante entrega al espectáculo del observador como innatural, es decir una no-copia de «las cosas tal como son en la Naturaleza», se recibe en éste con expectativa naturalidad. En esa desconexión abunda asimismo una vez que habiendo dejado establecido «no mostrar al espectador un hecho sin verosimilitud», además distingue entre las acciones verosímiles «las que hay que exponer a la vista de las que hay que dejar entre bastidores» (DIDEROT, 1920: 31, 81). Con todo, no será sólo esta paradoja *del comediante*, bien conocida y estudiada¹², la que halleemos, ni de la única que convenga tratar.

Está, igualmente, la paradoja *del espectador*. Así DIDEROT también desagrega la *lógica espectacular* respecto de los límites de la expectativa cuando en su sistema dramático introduce, como sucede en *Le neveu de Rameau* (1762)¹³, que no todo aquello de lo que es posible ser espectador ha de convertirse en espectáculo; es decir, *des-espectaculariza* la expectación. Y todavía quizá otro nivel paradójico aún más profundo, donde nuevamente *lógica espectacular* y límites de la expectativa se disocian para generar la paradoja *del espectáculo sin espectadores*. Y es que, tan cierto como paradójico, DIDEROT logra a través de la disipación del público la apoteosis verista del espectáculo; *v. gr.*, el *Prologue* a *Le Fils naturel*: «Dorval, que había alejado a todos, me colocó en un rincón, desde el cual, sin ser visto, vi y oí» (DIDEROT, 2008: 46).

Ahora bien, si la *lógica espectacular* de DIDEROT abarca toda esta tan miscelánea dimensión paradójica, en ningún momento, sin embargo, anula la existencia del límite de la expectativa del observador del espectáculo, que debe prevalecer como principio, incluso si múltiplemente excepcionado. El sistema dramático diderotiano mantiene así como postulado inquebrantable, rigurosamente coherente además, que *el espectáculo nunca ha de ser aquello que el espectador no pueda ver porque esté más allá de sus límites de expectativa*. Entonces la fundamental cuestión acerca de la *lógica espectacular* consistirá, por tanto, en interrogarse y responder sobre lo que no es ajeno al espectador, o sea, lo que entra dentro de los límites de su expectativa. Pero tan importante como ello será no inadvertir que si éstos pueden localizarse en un punto de vista muy cercano al observador, también pueden hallarse situados —aun sin exceder el *in focus*— a una mucha mayor distancia de aquél, y que por tanto el problema será asimismo de profundidad de campo, es decir, de relación entre los puntos más próxi-

¹¹ «Reflexionad un momento sobre eso que llaman en el teatro ser natural. ¿Es acaso el mostrar las cosas tal como son en la Naturaleza? En manera alguna. Lo natural, en este sentido, no sería más que la vulgaridad. ¿Qué es, pues, la naturalidad escénica? Simplemente, la conformidad de las acciones, del discurso, del rostro, de la voz, del ademán, del gesto, con un modelo ideal imaginado por el poeta y a menudo exagerado por el comediante. He ahí lo maravilloso. Ese modelo no sólo influye en el tono, sino que modifica hasta el paso, hasta el aspecto. De aquí que el comediante en la calle y en la escena sea dos personajes tan distintos que cuesta trabajo reconocerlos». Y también: «Aquel, pues, que mejor conoce y con más perfección expresa esos signos exteriores, con arreglo al modelo ideal mejor concebido, es el gran comediante» (DIDEROT, 1920: 31, 81).

¹² DIECKMANN, 1969; y FRIED, 1980: 1.35.

¹³ DIDEROT, 1985.

mos y más lejanos que forman el área de encuadre, al cabo responsables de la nitidez de la expectativa.

Sentado lo anterior, creo que *in focus* del espectáculo es, fuera de toda duda, la familia burguesa. La *lógica espectacular* de tal decisión constituye, además, un ejercicio de *autoafirmación* del espectador en sus límites de expectativa. DIDEROT *espectaculariza* aquello que de ningún modo es ajeno al espectador en su ineludible *condition* de parte integrante de un *álbum de familia*.

El foco de expectativa del *tableau*, proyectado desde el constructo teatral diderotiano de la *condition*, actúa a favor de algún tipo de expectación familiar reconocible. Otra cualquier posible variación del punto de vista está subordinada, esto es, supeditada, y por ende limitada, a producir únicamente un *efecto de expectativa* que ha de ser sólo accesorio respecto de lo principal.

[...] no son los caracteres lo que hay que llevar a escena, sino las condiciones. Hasta ahora, en la comedia el carácter ha sido el objeto principal y la condición sólo el accesorio; la condición debe convertirse en la actualidad en el objeto principal y quedarse el carácter en accesorio [...] Lo que debe servir de fundamento a la obra es la condición, sus deberes, sus ventajas e inconvenientes. [...] Por poco recargado que estuviera un carácter, un espectador podría decirse a sí mismo: ese no soy yo. Pero no puede negar que el estado que se interpreta ante él no sea el suyo: no puede ignorar sus deberes. Debe aplicarse totalmente lo que oye.

Y a las objeciones de novedad arguye:

«Me parece que ya se han tratado algunos de esos asuntos».

No es así, no se lleve usted a engaño.

«¿Acaso no tenemos financieros en nuestras piezas?».

Seguramente los hay, pero el financiero no está hecho.

«Gustaría encontrar una sin un padre de familia».

De acuerdo, pero el padre de familia no está hecho. En una palabra, me gustaría saber si los deberes de las condiciones, sus ventajas, sus inconvenientes y sus riesgos se han llevado a la escena. Si son el fundamento de la intriga y de la moral de esas piezas. Luego, si esos deberes, esas ventajas, esos inconvenientes y esos riesgos no nos muestran a diario a los hombres en situaciones muy difíciles.

«Así, usted quisiera que se interpretara al literato, al filósofo, al comerciante, al juez, al abogado, al político, al ciudadano, al magistrado, al financiero, al gran señor, al intendente».

Añádales todas las relaciones: el padre de familia, el esposo, la hermana, los hermanos. ¡El padre de familia! ¡Qué argumento para un siglo como el nuestro, donde parece que no se tenga ni la más remota idea de lo que sea un padre de familia!

Piense que a diario se crean condiciones nuevas. Piense que tal vez nada nos es menos conocido que las condiciones y debería interesarnos más. Cada cual tiene su estado en la sociedad pero tenemos que tratar con gente de todos los estados.

¡Las condiciones! ¡Cuántos detalles importantes, cuántas acciones públicas y domésticas, verdades desconocidas, situaciones nuevas que sacar de ese fondo! (DIDEROT, 2008: 185).

La *espectacularidad* del *tableau* diderotiano traduciría esa gama pictórica *des conditions* en piezas que van desde *Le Fils naturel, ou Les Épreuves de la vertu*, la que aquí me ocupa, a *Le Père de famille* (1758) —«*C'est la vocation générale de tous les hommes*»— y finalmente *Est-il bon? Est-il méchant* (1775-1784).

3. DERECHO Y LITERATURA: LA «CONDITION» JURÍDICO-FAMILIAR COMO «CONDITION» DRAMÁTICA

Le Fils naturel es el primer caso concreto de «condition» dramática elaborada por DIDEROT, donde además aprovecha para anunciar el proyecto, seguramente ya en avanzada escritura, de lo que será *Le Père de famille*: «¡Qué hermoso argumento el del padre de familia!... Es la vocación general de todos los hombres» (DIDEROT, 2008: 204).

La investigación de las posibilidades dramáticas de la «condition» arranca en DIDEROT del deseo de renovar categorías teatrales que, como sucede con la del *caractère*, a su juicio desequilibraban —por aligerar o, con más frecuencia, sobrecargar— la relación entre el espectador y el personaje. En ese objetivo DIDEROT acude a la noción de *status*, en la que a partir de cualidades y elementos de naturaleza abstracta depurará situaciones comunicables —«cada cual tiene su estado en la sociedad pero tenemos que tratar con gente de todos los Estados»— capaces de subsumir algún punto de vista típico. El personaje resulta así tipificado, convertido en personaje-tipo, y para esa tipicidad o tipología regular y abstracta no halla mejor nominal que «condition».

Ahora bien, al explorar una eventual concurrencia entre derecho y el teatro diderotiano a partir del enclave «condition» hemos de asumir cierta dificultad lingüística. Porque es cierto que en la lengua francesa de la época esta forma léxica remite a un significado cuyo campo empleo acoge además de naturaleza, estado o cualidad de una persona o cosa, sea por su índole intrínseca o por relación a su nacimiento (v. gr.: *être de grande condition*), asimismo lo referido a la profesión o estado al que se pertenece (v. gr.: *chacun doit vivre selon sa condition*)¹⁴, y ninguna acepción sin embargo que incumba a derecho; esto es, en tanto que expresiva de una *condition juridique*. No obstante, aunque tal uso de la voz «condition» no encontrara registro oficial de significado en el *Dictionnaire de l'Académie française*, es indiscutible que —al tiempo de DIDEROT tanto como hoy— toda y cualquier apelación de sintaxis jurídico-cultural a *conditio iuris* (*condition juridique*) no podría remitir y equivaler sino a *legal position*, *legal status*, *posizione giuridica*, *Rechtsstellung*, o lo que es igual, al *statut juridique* o *cadre juridique*, de donde cabría entender por *condition juridique* lo específicamente definido como la *situation* o *manera de ser o estar* de cada uno relativamente a una institución jurídica (*situation juridique abstraite*) o a una regla de derecho (*situation juridique spécifique*)¹⁵, siendo pues perfectamente razonable conceder que al hablar de la «condition» de pa-

¹⁴ *Dictionnaire de l'Académie française* (1772: I, 253). Esta edición sigue la cuarta, de 1762.

¹⁵ «La noción de situación jurídica [...] corresponde a la manera de ser de cada uno frente a una institución jurídica determinada. Los términos de *situación jurídica*, que durante un largo tiempo no eran de uso corriente, en la actualidad son empleados a cada paso, pero en algunas ocasiones en un sentido vago o aún en un sentido muy diverso. En realidad, estos términos son susceptibles de dos sentidos [...]; un sentido abstracto y un sentido concreto, o, dicho de otra manera, se distingue la *situación jurídica abstracta* y la *situación jurídica concreta* [...] Se entiende por situación jurídica abstracta la manera de ser eventual o teórica de cada uno con respecto a una institución determinada. Desde el momento en que una institución jurídica es organizada, engendra, en efecto, de pleno derecho, una o varias situaciones jurídicas abstractas. Supongamos que una ley reorganiza el derecho de sucesiones y viene a crear diversas categorías que no existían antes; todos aquellos que reúnan las condiciones fijadas por la ley a este efecto, adquieren la calidad, la situación jurídica de causahabientes, pero es sólo una citación jurídica abstracta, desprovista de todo alcance positivo hasta la apertura de la sucesión a la cual se refiere [...] en virtud de la aplicación de las reglas de derecho y de las instituciones jurídicas, [...] las situaciones jurídicas pasan de lo abstracto a lo concreto»; BONNECASE, 1931; BONNECASE, 2000: 55-56.

dre de familia, o hijo natural, no se excluyera lo incorporado ideológicamente por la noción de una *condition juridique* o *situation juridique*. Y es así que, efectivamente, DIDEROT lo incorporaba, como lo incorporará también la doctrina científica del derecho desde finales del siglo XIX¹⁶.

En *Le Fils naturel*, con miras a la elaboración general de la categoría dramática de «*condition*» capaz de contener una como la de padre de familia, DIDEROT nos habla de los deberes, ventajas e inconvenientes en que a diario se muestra a los hombres en tales situaciones, las que nunca antes se han llevado a la escena, y menciona relaciones derivadas de ello («el padre de familia, el esposo, la hermana, los hermanos»), y lo hace también en orden concretamente a la filiación refiriendo «ciertas obligaciones». Ello revela en mi opinión que el núcleo irradiante de todo ese universo referencial se halla integrado por el derecho de familia.

Abunda este parecer lo esgrimido por el propio DIDEROT en *De la poésie dramatique* (1771) para defensa contra la acusación de plagio lanzada por el crítico Élie-Catherine FRÉRON (1719-1776)¹⁷ tras darse a conocer en 1758 la traducción francesa de *Il Vero amico*, obra del dramaturgo italiano Carlo GOLDONI (1707-1793)¹⁸. DIDEROT recurre allí a un argumento de derecho de familia como es el *estado jurídico* de la filiación ilegítima y al contexto de vínculos fraterno-familiares por vía paterno-lineal:

la naissance illégitime de Dorval est la base du Fils naturel. Sans cette circonstance, la fuite de son père aux îles reste sans fondement. Dorval ne peut ignorer qu'il a une sœur et qu'il vit à côté d'elle (DIDEROT, 1969-1973: III, 445).

En consecuencia, si aceptamos esta propuesta interpretativa el paso inmediato habría de ser admitir a su vez la posibilidad de que el juego innovador de la «*condition*» dramática del *fils naturel* incluya asimismo la voluntad de renovar la categoría de *condition juridique* o *situation juridique* del derecho de familia vigente y, por consiguiente, inaugurar en su seno respecto de aquél un diferente *statut* o *cadre juridique* que como nueva relación depure en su *caractère* lo principal de lo accesorio.

Desde luego, ésta ha sido la línea en que viene pronunciándose la crítica literaria con regularidad para en ese sentido señalar cómo las obras teatrales francesas de mitad en adelante el siglo XVIII trasladan una manifiesta mejora socio-literario hacia la bastardía, además destacando de modo muy preciso a *Le Fils naturel* como el punto de inflexión decisivo para el reexamen del tema de la *filiación ilegítima*¹⁹. A diferencia del teatro renacentista y su significada «*peinture comique de la bâtardise*» (CORNEILLE, RACINE), que sólo desempeña algún protagonismo tratándose enrevesadas intrigas y está expuesta con figuración grotesca o degenerada, los dramaturgos —y también novelistas— de la ilustración rescatan el color dramático de su sacrificio y disponen sobre el escenario, *espectacularizan*, el injusto estigma de su alma²⁰. Plantean con ello una

¹⁶ *Id.*, entre otros, RICHARD, 1866; BLACHE, 1879; FONTAINE, 1881; COULON, 1887; AUGÉE y DORLHAC, 1891; REGNAULT, 1922; CARICIENTE BENACERRAF, 1951; BARBARIN, 1960; DABIN, 1965; SAVATIER, 1965; VAN HONSTÉ, 1977.

¹⁷ BALCOU, 1973.

¹⁸ GOLDONI, 1758. Si bien venía atribuyéndose la traducción a M. DELEYRE, hoy parece, sin embargo, ya plenamente establecida para VÉRON DE FORBONNAIS.

¹⁹ BAUDIN, 1932: 59-67; FELLOWS, 1981; ARMAND, 2011: 41-45.

²⁰ DIDEROT insistirá con variantes del tema en los diálogos de *Le Neveu de Rameau* y también en la novela *La Religieuse* (c. 1780). Destacan igualmente BEAUMARCHAIS con *Le Mariage de Figaro* (1784), o BERNARDIN DE

perspectiva de crítica social donde se *visibilizan* los prejuicios morales y religiosos que acerca del deseo sexual y la licitud de las relaciones extramaritales están en la base de la *condition juridique* de la ilegitimidad en la institución de la filiación natural²¹.

Los instrumentos con que el drama burgués opera esta transformación de la expectativa del observador son dos diversamente documentados. Sin duda el mejor conocido de ellos, la estima por el *esprit sensible*, cuya patética de nuevo valor estético constituye igualmente la ética virtuosa del *honnête homme*. En efecto, el teatro de filósofos aborda la oscura y triste suerte del *filz naturel* espectacularizando a la luz destructora de las candilejas escénicas la exaltación de su virtud²²; una virtud de valor y dolor sacrificial, que llevada al grado de máxima generosidad de entrega, de renunciación²³, como sucede con el Dorval, incluso puede inmolar en el ara de la amistad la pasión y hasta el amor²⁴.

Pero ya sabemos también que entre 1760 y finales de siglo ese *théâtre bourgeois* fue asimismo *théâtre révolutionnaire*; desde luego lo era en el caso de DIDEROT²⁵. Y tan ciertamente importante como haber examinado y valorado la cultura política que le sirvió de trasfondo²⁶ y lo que de éste vendría a primer plano en un devenir muy próximo, ha de ser igualmente el estudio y la evaluación en torno a la no renuncia a perfilar la línea de un horizonte jurídicamente reinstituyente. Esto nos sitúa ante la segunda de las herramientas utilizadas en la transformación de la expectativa del observador en el drama burgués, menos desarrollada que la anterior.

A mi juicio el *théâtre des conditions* buscó refundar la *condition juridique des bâtards*, de los hijos ilegítimos, o cuando menos su sustancial mejora. La novedad de la «*condition*» dramática está pues, según lo entiendo, en no ocultar una vocación refundadora de la vigente *condition juridique* sobre filiación como parte de un nuevo «contrato social» para el derecho de familia.

A este respecto, la reinterpretación de las convenciones morales socialmente dominantes para redimir al *filz naturel* del abandono y la soledad²⁷, tal como va propuesta

SAINT-PIERRE con *Paul et Virginie* (1788). Vid. por extenso en BAUDIN, 1932: 117-122. Asimismo en relación a obras narrativas, ROBERT, 1972, 1994; HUNT, 1994, y FOWLER, 2000: 38-63, 64-92 y 113-144, para, respectivamente, *Le Fils naturel*, *Le Neveu de Rameau* y *La Religieuse*.

²¹ EDMISTON, 1985: 99.

²² LEWINTER, 1966. También MAUZI, 1961, y más en general MAUZI, 1960.

²³ «Il n'en deviendra pas amoureux; et il ne sera plus le rival de son ami» (DIDEROT, 1969-1973: III, 445).

²⁴ «¡Queridos y bárbaros deberes! Amistad que me encadena y me desgarrará: serás obedecida. Oh, virtud, ¿qué eres si no exiges algún sacrificio? Amistad, sólo eres un nombre hueco si no impones alguna ley... ¡Clairville casará con Rosalía!» (DIDEROT, 2008: 87).

²⁵ MÉNIL, 1995; STENGER, 2013.

²⁶ Vid. FEILLA, 2013: 65-90.

²⁷ Conciencia ésta, por lo demás, no muy extendida ni aun entre los propios filósofos. D'ALEMBERT hace excepción en su *Portrait de l'auteur fait par lui-même, et adressé, en 1760 a Mme****. Así, al escribir: «*Sans famille et sans liens d'aucune espèce, abandonné de très bonne heure à lui-même, accoutumé dès son enfance à un genre de vie obscur et étroit, mais libre, né, par bonheur pour lui, avec quelques talents et peu de passions, il a trouvé dans l'étude et dans sa gaieté naturelle une ressource contre le délaissement où il était; il s'est fait une sorte d'existence dans le monde sans le secours de qui que ce soit, et même sans trop chercher à se la faire. Comme il ne doit rien qu'à lui-même et à la nature, il ignore la bassesse, le manège, l'art si nécessaire de faire sa cour pour arriver à la fortune. Son mépris pour les noms et pour les titres est si grand, qu'il a eu l'imprudence de l'afficher dans un de ses écrits, ce qui lui a fait, dans cette classe d'hommes orgueilleux et puissants, un assez grand nombre d'ennemis qui voudraient le faire passer pour le plus vain de tous les hommes; mais il n'est que fier et indépendant, plus porté d'ailleurs à s'apprécier au-dessous qu'au-dessus de ce qu'il vaut*» (D'ALEMBERT, 1821-1822: I, 11).

en el teatro de «condiciones», sin duda cursa con otros textos²⁸, y en particular con *Entretien d'un père avec ses enfants ou Du danger de se mettre au-dessus des lois* (1771-1773)²⁹, que son expresivos de la tensión renegociadora³⁰ entre ley y justicia, entre los valores jurídicos formales y la fuerza anterior e instituyente, fuerza legítima que todo lo puede, fuerza que es la de «*l'homme de bien*» y el «*tribunal de l'équité naturelle*»³¹. Pero es en *Le Fils naturel* y sus *Entretien* donde hallamos el primer pronunciamiento de argumentos destinados a articular, en clave de *lege ferenda*, de pedagogía al legislador, los principios jurídico-morales habilitadores de la reintegración familiar y la pretensión de tendencia hacia un nuevo equilibrio jurídico, de mayor simetría e incluso de simetría reforzado, para el futuro de las relaciones paterno-filiales.

El primero de ellos ha venido teniendo una lectura de amplísima repercusión respecto al deterioro —hasta la enemistad más profunda— de las relaciones personales e ideológicas entre DIDEROT y ROUSSEAU³². Pienso, no obstante, que es también posible su inserción en el contexto de la «*condition*» dramática del *filis naturel*, lo que apuntaría al propósito de refundar la *condition juridique des bâtards*. DIDEROT escribe (acto IV, escena iii):

Ha recibido los más infrecuentes talentos y se debe a la sociedad [...] ¡Renunciar a la sociedad! Apelo a su corazón: pregúntele y le dirá que el hombre de bien vive en sociedad y que únicamente el malvado está solo (DIDEROT, 2008: 95).

A mi parecer el texto puede traslucir una conexión entre vida privada (conciencia moral) y deberes públicos como base renegociadora del «contrato social familiar», con ofrecimiento de reintegración a la «sociedad familiar». Tal sentido cabe desprenderlo desde un doble prisma interpretativo; porque la interlocutora de Dorval es en ese fragmento Costanza, cuyo discurso asume allí claramente un rol *paternal*, y asimismo porque la finalidad es refutar el proscripción social de Dorval en su *condición de filis naturel*. Costanza incardina a Dorval desde la expulsión y exilio: «*L'homme de bien est dans la société, et qu'il n'y a que le méchant qui soit seul*» (DIDEROT, 1975: 82) al reingreso y entrada, vía familia, en el organismo social. El estatus social de Dorval es hasta entonces el de un *outsider*³³. Por el contrario, ser miembro de una familia equivale a formar parte de la sociedad; el extrañamiento del orden social se impugna con la familia. Ésta sería la idea básica del nuevo «contrato familiar» en garantía *jurídica* de estabilidad social. No hemos de olvidar que entretanto, es decir durante l'ancien régime, la *condition juridique* de Dorval continúa siendo la de «*filis selon la nature, mais non selon le droit*» (GOLZINK: 2000, 264).

Y está, al propio tiempo, la constatación de Dorval como *filis naturel* y sin embargo acreditado portador de los valores virtuosos del *homme de bien*, del *honnête homme*, lo que igualmente postula que la renegociación ha de tener como objetivo el logro de un replanteamiento del equilibrio familiar en las relaciones paterno-filiales, tendente a favorecer en la vida de familia una simetría reforzada por la proporcionalidad. El

²⁸ DAVIES, 1991.

²⁹ DIDEROT, 1969-1973: IX. Vid. también CHARTIER, 1997, 1998.

³⁰ SIMON, 2001: 78-97.

³¹ DIDEROT, 1969-1973: IX, 76.

³² ROUSSEAU, 1997: 597 y 617 y ss. Vid. también FABRE, 1961.

³³ PUCCI, 2004.

sentido de la ecuación, integrando elementos de manifiesta naturaleza jurídica —tales como equilibrio, simetría y proporcionalidad— es enunciado por DIDEROT a las páginas finales de sus *Entretiens* en fórmula de concluyente redención reparadora: «Dorval morirá contento si puede merecer que digan de él, cuando ya no exista: “Su padre, que era un hombre muy honrado, no lo fue tanto como él”» (DIDEROT, 2008: 203).

La teoría *espectacular* de la «condition» dramática, pese a los no pocos momentos de desencanto³⁴ —quizá incluso de desaliento— experimentado, y de las muchas dificultades³⁵ que a su propugnador se opusieron, obtuvo, no obstante, un propicio eco jurídico. Aconteció durante la excitante y peligrosa etapa inmediata a los años de la Revolución. Los avatares de esa recepción en la *condición jurídica de los hijos naturales* ya han comenzado a ser reconstruidos³⁶. La acogida inicial lo fue con oportunidad de la sustanciación de procedimientos que resolvieron a favor de la capacidad de los hijos ilegítimos para recibir asignaciones testamentarias, lo que aprovecharía a una construcción jurisprudencial evolutiva en la que aquéllos acabaron por encontrar acceso al orden sucesorio. Esto fue posible merced a la progresiva aceptación por los juristas franceses de la doctrina sobre derechos sucesorios en Samuel PUFENDORF (1632-1694) —*De iure naturae et gentium* (1672), Lib. III, Cap. I, § ix—, quien no los desprendía de la ley natural³⁷ sino del derecho civil, y así por tanto permitiendo que cada estado en particular pudiera determinar lo más conveniente a su interés público. Con antecedentes en autores que como Jean DOMAT (1625-1696) en *Lois civiles dans leur ordre naturel* (1689-1694) o François BOURJON (†1751) en *Droit commun de la France* (1747) habían secundado una concepción moderna de la ley natural de corte profano, y en especial a través de la doctrina científica de Robert-Joseph POTHIER (1699-1772) en *Traité du contrat de mariage* (1768), partidario de entender que el parentesco en las uniones ilegítimas no era únicamente natural, sino también de afinidad civil, se preparó el camino que en la cultura jurídica pre-revolucionaria abriría a la redefinición de la filiación natural, y a través de él al paulatino abandono de los criterios que hasta entonces habían excluido a los hijos ilegítimos del orden sucesorio³⁸. Creo que este desarrollo, salvo algún error no despreciable³⁹, es importante, aunque sólo muy late-

³⁴ En referencia específica a *Le Père de famille* (1758), pero en alusión a su teatro «des conditions», DIDEROT confiesa: «Porque no habiendo obtenido el éxito que me prometía, y sin grandes esperanzas de llegar a hacerlo mejor, me asqué de una carrera para la cual no me juzgué con suficientes talentos» (DIDEROT, 1920: 75).

³⁵ «Si no tuve éxito en un principio, fue porque el género era extraño a los espectadores y a los actores; porque había un perjuicio, que todavía subsiste, contra lo que llaman comedia llorona; porque tenía una nube de enemigos en la corte, en la ciudad, entre los magistrados, entre la gente de la iglesia, entre los hombres de letras [...] Verdad es que era del número de los que llaman filósofos, considerados entonces como ciudadanos peligrosos [...] Sin contar que esos filósofos habían hecho, en general, más difícil la misión de los poetas y literatos», DIDEROT, 1920: 76-77. Vid. asimismo CONNORS, 2012.

³⁶ Vid. GERBER, 2005.

³⁷ Vid. también PUFENDORF, 1984: Lib. II, Cap. 3.

³⁸ GERBER, 2005: 251-252.

³⁹ GERBER, 2005: 256. GERBER acusa de tibieza a Antoine-Gaspar DE BOUCHER D'ARGIS (1708-1791), uno de los juristas colaboradores de proyecto enciclopédico DIDEROT, por no criticar expresamente la injusticia de la discapacidad hereditaria de los hijos extramatrimoniales. Estimo que esta objeción, en la que hace partícipe a DIDEROT al redactar la voz «*Loi naturelle (morale)*» es, además de imprecisa, errónea. Así: a) recientes trabajos consideran como compilador probable de ésta voz a BOUCHER D'ARGIS antes que a DIDEROT; BURNS, 1984; b) el autor de la voz «*Bâtard, ou Enfant naturel*» es el abogado y escritor François-Vincent TOUSSAINT (1715-1772) (DIDEROT y D'ALEMBERT, 1751-1765: II, 138); c) BOUCHER D'ARGIS redacta la voz «*Légitimation*» (DIDEROT y D'ALEMBERT, 1751-1765: IX, 363, col. 2); d) la voz «*Bâtards*» subraya la carencia familiar —«*ne sont d'aucune*

ralmente remarque el aporte del *théâtre des conditions* y omita la contribución derivada de otros escritos diderotianos referenciales, como las reflexiones a la traducción del *Essai sur la mérite et la vertu* (1745), de Anthony ASHLEY-COOPER (1671-1713), tercer conde de Shaftesbury.

En todo caso, algo más tarde, ya en pleno periodo revolucionario, cuando apenas se habían cumplido unos años desde la muerte de DIDEROT, su fe en el progreso moral como resultado de la propagación de la razón moral⁴⁰, donde a su vez se incluiría la convicción en el poder regenerativo del derecho, se vio satisfecha con la promulgación de una cadena de leyes civiles que acordaban el reconocimiento al *fils naturel* —si bien con excepción de los hijos adúlteros e incestuosos— del derecho a la sucesión sobre el patrimonio de sus padres naturales⁴¹.

Pero el telón de la Historia aún no había caído.

4. ¡ABAJO EL TELÓN! DERECHO CONTRA LITERATURA: LE CODE CIVIL DE 1804

«*Son père, qui était si bonnête homme, ne fut pas plus bonnête qui lui*», había escrito DIDEROT en busca de *espectacularizar* en la filiación natural de Dorval el horizonte en un nuevo contrato social para el derecho de familia, un nuevo orden en garantía de la estabilidad familiar [...] *Le Fils naturel* tuvo una fugaz existencia teatral, con sólo una representación, el año 1771. La de sus lecciones morales alcanzó, en todo caso, hasta la redacción del *Code civil des Français* de 1804, el *Code civil napoléonien*. Las raíces burguesas de éste⁴² ciertamente no arraigaron en el hondón de la cultura jurídica pre-revolucionaria, y menos todavía en la revolucionaria. Sin embargo, en su decisión de des-reconocimiento de la familia natural no mostraba falta de interés en la estabilidad social. El *Code* empleó este mismo argumento, si bien perspicazmente reconducido; agudeza muy característica de los juristas. Sus redactores deseaban conjurar categóricamente las perturbaciones del orden social familiar, cuya amenaza veía representada —diríase que a partes iguales— en la filiación ilegítima y la investigación de la paternidad, y desde luego fueron contundentes en la respuesta.

Procès-verbaux du Conseil d'État. Séance du Conseil d'État, 26 brumaire an X (17 noviembre 1801).

LE PREMIER CONSUL (Napoléon).

[...] *L'intérêt de la société pourrait faire admettre la maxime contraire si elle devait produire des enfants légitimes; mais la société n'a pas intérêt à ce que des bâtards soient reconnus*⁴³.

La catarsis, la «purificación» técnica, ahora del todo reconstruida⁴⁴, se organizó del siguiente modo:

famille»— de los hijos ilegítimos, y e) generalmente las voces de la *Encyclopédie* son descriptivas y raramente normativas.

⁴⁰ EDMISTON, 1985: 126.

⁴¹ *Vid. Loi du 12 Brumaire An II*, completada sucesivamente por *Loi du 15 Thermidor An IV*, *Loi du 2 Ventôse An VI*, y *Décret du 2 Germinal An XI*.

⁴² ARNAUD, 1969, 1973; así como CARBONNIER, 1981, 1986.

⁴³ FENET, 1827-1828: X, 76-77.

⁴⁴ *Vid. SAADA, 2012; BLOQUET, 2012*, y abundante bibliografía en ellos citada.

Liv. Premier, *Des personnes*, Tit. VII, «De la paternité et de la filiation» (art. 321 à 342):

— Art. 338: «L'enfant naturel reconnu ne pourra réclamer les droits d'enfant légitime».

— Art. 340: «La recherche de paternité est interdit».

— Art. 342: «Qui défend la recherche d'une maternité adultérine (ou incestueuse), ne peut être opposé à l'enfant qui, en demandant à prouver qu'il est fils d'une femme mariée, se propose d'établir en sa faveur, non pas une filiation adultérine, mais une filiation légitime».

Liv. III, *Des biens, et des différentes manières dont on acquiert la propriété*, Tit. Ier. «Des Successions» (art. 711 a 892):

— Art. 756: «Les enfants naturels ne sont point héritiers: la loi ne leur accorde de droit sur les biens de leur père ou mère décédés, que lorsqu'ils ont été légalement reconnus».

En consecuencia, el *fils naturel* es expulsado de la sociedad, destierro donde ni es posible la felicidad ni tampoco la moralidad. Y será sólo la literatura quien así lo denuncie. Está, por ejemplo, *Antony*, el drama en cinco actos de Alexandre DUMAS (padre), estrenado en el teatro de la Porte Saint-Martin el 3 de mayo de 1831, aún en la turbiedad romántica de su defensa, pero cuya audible exclamación —«*Adesso e sempre*»— es inconfundible proclama de la exclusión y marginalidad de los hijos ilegítimos⁴⁵. Más nítido, *Le Fils naturel*, comedia en cinco actos y prólogo de Alexandre DUMAS (hijo), puesta en escena en el teatro del Gymnase-Dramatique de París el 16 de enero de 1858, que transparenta el afeamiento del autor con algunas actitudes de su propio padre, denuncia la obligación moral de todo progenitor con su prole y reclama la legitimación por subsiguiente matrimonio de los nacidos fuera de él⁴⁶.

En cuanto a la narrativa, creo que bastará con referir *Ursula Mirouët* (1855), sobre las hereditarias de una hija natural, con acción ambientada en 1830, de Honoré DE BALZAC (1799-1850), para apreciar la crudeza de la ley civil en su aplicación por los Tribunales de la Nación:

La rigueur de la loi est si grande sur les droits des enfants naturels, dit le licencié de fraîche date jaloux de montrer son savoir, qu'aux termes d'un arrêt de la cour de cassation du 7 juillet 1817, l'enfant naturel ne peut rien réclamer de son aïeul naturel, pas même des aliments. Ainsi vous voyez qu'on a étendu la parenté de l'enfant naturel. La loi poursuit l'enfant naturel jusque dans sa descendance légitime, car elle suppose que les libéralités faites aux petits-enfants s'adressent au fils naturel par interposition de personne. Ceci résulte des articles 757, 908 et 911 du Code civil rapprochés. Aussi la Cour Royale de Paris, le 26 décembre de l'année dernière, a-t-elle réduit un legs fait à l'enfant légitime du fils naturel par l'aïeul qui, certes, en tant qu'aïeul, était aussi étranger pour le petit-fils naturel que le docteur, en tant qu'on peut l'être relativement à Ursule (BALZAC, 1944: 95).

Las referencias podrán seguir ampliándose a temas colaterales⁴⁷. Ciertamente los principios individualistas inspiradores del *Code civil* jamás dejaron indiferente a BALZAC: *Le Colonel Chabert* (1832), *Le Père Goriot* (1835), *Le Contrat de mariage* (1835), *Le Lys dans la vallée* (1835), *Le curé de village* (1841)... Pero no quiero desviar a aquel entonces, sino ahora, a hoy, siquiera en *addenda*.

⁴⁵ LÉONARD-ROQUES, 1999.

⁴⁶ Vid. también MOREAU, 1887: 246-275.

⁴⁷ FRAPPIER-MAZUR, 2001.

5. ADDENDA. DIDEROT Y LA PARADOJA DEL ESPECTADOR DISTRAÍDO

La Historia —¡oh, la Historia!— a la que tantos espectadores asisten distraídos...

El régimen jurídico de la filiación en Francia, inaugurado por el *Code* napoleónico en 1804, llegó a su fin con la promulgación de la *Loi n.º 72, du 3 janvier de 1972, sur la filiation*⁴⁸. No obstante, hubo aún que esperar a la *Ordonnance n.º 2005-759, du 4 juillet 2005 (JO du 6 juillet 2005), portant réforme de la filiation*⁴⁹, resultado de la habilitación dada al Gobierno por la *Loi n.º 2004-1343, du 9 décembre 2004, de simplification du Droit*⁵⁰, en especial a través de su art. 4, para que la reforma efectivamente se trasladara a la letra del derecho positivo.

Sí, ciertamente, el patio de butacas del Gran Teatro de la Historia rebosa de espectadores distraídos...

DIDEROT, ha sido durante todo ese tiempo —doscientos un años de Historia...— un transgresor, un *avant-gardiste*; sin duda, *avant la lettre*. Yo creo que también *après la lettre*...; ¡tanto hablamos de igualdad!...

Sin embargo, la Historia es, al cabo, de los espectadores distraídos... Pero tal vez no descubra nada acerca de la Historia, y quizá tampoco sobre DIDEROT.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARMAND, G., 2011: «Diderot ou le paradoxe sur la filiation», en Ch. CHELEBOURG, D. MARTENS y M. WATHÉE-DELMOTTE (eds.), 39-50.
- ARNAUD, A.-J., 1969: *Les origines doctrinales du Code civil français*, Paris: LGDJ (1973); *Essai d'analyse structurale du Code civil français. La règle du jeu dans la paix bourgeoise*, Paris: LGDJ.
- AUGÉE, Ch., y DORLHAC, J., 1891: *De la condition juridique des enfants naturels dans le passé, dans le présent, dans l'avenir. Étude de législation comparée*, Paris: Librairie moderne de Droit et Jurisprudence Arthur Rousseau.
- AUROUX, S.; BOUREL, D., y PORSET, Ch. (eds.), 1991: *L'Encyclopédie, Diderot, l'esthétique: mélanges en hommage à Jacques Chouillet: 1915-1990*, Paris: Presses Universitaires de France.
- BALCOU, J., 1973: «Un épisode de la guerre entre Diderot et Fréron: l'affaire du *Fils naturel* en 1757», *Annales de Bretagne*, 80, 3-4, 499-506.
- BALZAC, H. DE, 1944: *Ursula Mirouët*, ed. de M. Allem, Paris: Garnier.
- BARBARIN, R., 1960: *La condition juridique du bâtard d'après la jurisprudence du Parlement de Paris, du concile de Trente à la Révolution française*, Mayenne: Imp. Floch.
- BAUDIN, M., 1932: *Les Bâtards au théâtre en France de la Renaissance à la fine du XVIII^e siècle*, Baltimore: The Johns Hopkins Press.

⁴⁸ En consulta de 28 de marzo de 2012, *vid.* <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000875196>.

⁴⁹ En consulta de 28 de marzo de 2012, *vid.* <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000451869&dateTexte=&categorieLien=id>.

⁵⁰ En consulta de 28 de marzo de 2012, *vid.* <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000256180>.

- BAUDRILLARD, J., 1977: *L'effet Beaubourg: implosion et dissuasion*, Paris: Galilée.
- 1978: «La précession des simulacres», *Traverses*, 10, 3-37.
- 1987: *Cultura y simulacro*, trad. de P. ROVIRA, Barcelona: Kairós.
- BERNARD, C., y SCHUEREWEGEN, F. (eds.), 2011: *Balzac, pater familias*, Amsterdam/New Cork: Rodopi.
- BLACHE, E., 1879: *De la condition juridique des enfants naturels au point de vue du droit de famille dans le droit romain et dans le droit français ancien et moderne*, Dijon: Imp. D. Carré.
- BLOQUET, J., 2012: «La société n'a pas intérêt à ce que des bâtards soient reconnus» (Napoléon), ambos *La Revue Napoleonica*, 2.14, 50-73.
- BONNECASE, J., 1931: *Introduction à l'étude du droit*, Paris: Sirey (2.^a ed.).
- 2000: *Introducción al estudio del Derecho*, trad. de J. GUERRERO R., Bogotá: Temis.
- CARBONNIER, J., 1981: «Le Code Napoléon en tant que phénomène sociologique», *Revue de la recherche juridique. Droit prospectif*, 3, 327-336.
- 1986. «Le Code civil», en P. NORA (dir.), t. II, «La Nation», 293-315.
- CARICIENTE BENACERRAF, J., 1951: *De la condition juridique de l'enfant naturel simple en droit comparé*, Paris: A Pedone.
- CARLSON, M., 1972: *The French Stage in the Nineteenth Century*, Metuchen: New Jersey, Scarecrow Press.
- CHARTIER, P., 1997: «La loi du père: Étude de l'Entretien d'un père avec ses enfants (Ire partie)», *Recherches sur Diderot et sur l'Encyclopédie*, 23, 9-62.
- 1998: «La loi du père: étude de l'Entretien d'un père avec ses enfants (dernière partie)», *Recherches sur Diderot et sur l'Encyclopédie*, 24, 39-100.
- CHELEBOURG, Ch.; MARTENS, D., y WATTHÉE-DELMOTTE, M. (eds.). 2011: *Héritage, filiation, transmission: configurations littéraires (XVIIIe-XXIe siècles)*, Louvain-La-Neuve: Presses universitaires de Louvain.
- CONNORS, L. J., 2012: *Dramatic battles in Eighteenth-century France: philosophes, anti-philosophes and polemical theatre*, Oxford: Voltaire Foundation.
- COULON, H., 1887: *De la condition des enfants naturels dans la succession de leurs père et mère*, Paris: Marchal y Billard.
- D'ALEMBERT, Jean Le Rond dit., 1821-1822: *Œuvres complètes*, Paris: A. Belin y Bossange père et fils y Bossange frères, vol. I, 9-12.
- DABIN, J., 1965: *Le statut juridique de l'enfant naturel*, Bruxelles: Établissements É. Bruylant.
- DAVIES, S., 1991: «Réflexions sur le thème de la loi et la justice dans les œuvres de fiction de Diderot», en S. AUROUX, D. BOUREL y Ch. PORSET (eds.), 1991, 123-129.
- DEBORD, G., 1967: *La société du spectacle*, Paris: Buchet-Chastel. *La sociedad del espectáculo* (1976), trad. de F. CASADO, Madrid: Miguel Castelote.
- DICTIONNAIRE DE L'ACADÉMIE FRANÇOISE (Nouvelle édition), 1772: Lyon: Chez Benoit Duplain, père, Joseph Duplain, fils.
- DIDEROT, D., 1969-1973: *Œuvres complètes*, éd. Chronologique avec introduction de Roger LEWINTER, Paris: Le Club français du livre, vols. I-XV.
- 1975: *Le fils naturel et Les entretiens su «Le fils naturel» (texte integral)*, avec une Notice biographique, une Notice historique et littéraire, un lexique, des Notes explicatives, des Documents, des Jugements, un questionnaire et des Sujets de devoirs par Jean-Pol Caput, Paris, Librairie Larousse.
- 1985: *El sobrino de Rameau*, ed. de C. ROIG, trad. de D. GRIMAU, Madrid: Cátedra.
- 2008: *El hijo natural. Conversaciones sobre «El hijo natural»*, ed. y trad. de F. LAFARGA, Madrid: Asociación de Directores de Escena de España.

- DIDEROT, D., y D'ALEMBERT, J. Le R., 1751-1765: *Encyclopédie ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*, vols. I-XVII.
- DIECKMANN, H., 1969: «The Transformation the Concept of Imitation in the French Aesthetics of the Eighteenth Century», en H. R. JAUSS (Hrsg.), 28-59.
- EDMISTON, W. F., 1985: *Diderot and the Family. A conflict of Nature and Law*, Saratoga, Calif.: Anna Libri.
- FABRE, J., 1961: «Deux frères ennemis: Diderot et Jean-Jacques», *Diderot Studies*, 3, 155-213.
- FEILLA, C., 2013: *The Sentimental Theatre of the French Revolution: Performing Virtue*, Burlington, VT-London: Ashgate (en esp. «Revolutionary Tableaux: Diderot, David, and the Sentimental Frame of Politics»).
- FELLOWS, O., 1981: «The facets of illegitimacy in the French Enlightenment», *Diderot Studies*, 20, 77-97.
- FENET, P.-A., 1827-1828: *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, suivi d'une édition de ce code: suivi d'une édition de ce code, à laquelle sont ajoutés les lois, décrets et ordonnances formant le complément de la législation civile de la France*, Paris: Imprimerie de Marchand Breuil, vols. I-XV.
- FIGURE, Q., 1967: *The Medium is the Message: An Inventory of Effects*, New York: Bantam.
- FONTAINE, H.-E.-E. (1881): *De la condition civile de l'enfant naturel à Rome et en France*, Paris: Alphonse Derenne.
- FOWLER, J. E., 2000: *Voicing desire. Family and sexuality in Diderot's narrative*, Oxford: Voltaire Foundation.
- FRANTZ, P., 1998: *L'Esthétique du tableau dans le théâtre du XVIII^e siècle*, Paris: Presses Universitaires de France.
- FRAPPIER-MAZUR, L., 2001: «Max et les chevaliers. Famille, filiation et confrérie dans *La Ra-bouilleuse*», en C. BERNARD y F. SCHUEREWEGEN (eds.), 51-61.
- FRIED, M., 1980: *Absorption and Theatricality: Painting and Beholder in the Age of Diderot*, Berkeley: University of California Press.
- GAIFFE, F. A., 1910: *Le drame en France au XVIII^e siècle*, Paris: Armand Colin.
- GERBER, M., 2005: «Illegitimacy, Natural Law, and Legal Culture on the Eve of the French Revolution», *Proceedings of the Western Society for French History* (University of Michigan), 33, 240-257.
- GOLDONI, Ch., 1758: *Le Véritable ami, comédie en 3 actes et en prose*, traduite de l'italien en français, par M. l'abbé**, Avignon, Liège (el lugar y editor real es Paris, M. Lambert).
- GOLZINK, J., 2000: «Dramaturgies du Droit. *Le Fils naturel* et *Le Mariage de Figaro*», en Ch. BIET (comp.), *Droit et littérature sous l'Ancien régime: le jeu de la valeur et de la loi*, Paris: Honoré Champion, 259-271.
- HARTH, D., y RAETHER, M. (Hrsg.), 1987: *Denis Diderot, oder, Die Ambivalenz der Aufklärung*, Heidelberger Vortragsreihe zum Internationalen Diderot-Jahr 1984, Würzburg: Königshausen/Neumann.
- HAYS, M., 1981: *The Public and Performance: Essays in the History of French and German Theater, 1871-1900*, Ann Arbor: Michigan UP.
- HEARTZ, D., 1989: «Locatelli and the Pantomime of the Violinist in *Le Neveu de Rameau*», *Diderot Studies*, 27, 115-127.
- HUNT, L., 1994: *The Family Romance of French Revolution*, Berkeley: University of California Press.
- IDA, H., 1999: «La "pantomime" selon Diderot. Le geste et la démonstration morale», *Recherches sur Diderot et sur l'Encyclopédie*, 27, 25-42.

- JAUSS, H. R. (Hrsg.), 1969: *Nachahmung und Illusion. Kolloquium Giessen Juni 1963 Vorlagen und Verhandlungen*, München: Wilhelm Fink.
- 1969: «Nachahmungsprinzip und Wirklichkeitsbegriff in der Théorie des Romans von Diderot bis Stendhal», en H. R. JAUSS (Hrsg.), 157-178.
- LÉONARD-ROQUES, V., 1999: «Antony d'Alexandre Dumas ou les ambiguïtés d'une réhabilitation romantique de la figure du bâtard», en J. Sessa (dir.), 283-295.
- LEWINTER, R., 1966. «L'exaltation de la vertu dans le théâtre de DIDEROT», *Diderot Studies*, 8, 119-169.
- LOUGH, J., 1972 (1957): *Paris Theatre Audiences in the Seventeenth and Eighteenth Centuries*, Oxford: Oxford UP.
- LAGRAVE, H., 1972: *Le théâtre et le public à Paris de 1715 a 1750*, Paris: Klincksieck.
- MAUZI, R., 1960: *L'idée de bonheur dans la littérature et la pensée française au XVIII^e siècle*, Paris: Armand Colin.
- 1961: «Les rapports du bonheur et de la vertu dans l'oeuvre de Diderot», *Cahiers de l'Association internationale des études françaises*, 13, 255-268.
- MC LUHAN, M., 1964: *Understanding Media: The Extensions of Man*, New York: Mentor.
- MC LUHAN, M., y FIORE, Q., 1967: *The medium is the message: An inventory of effects*, New York: Bantam.
- MÉLÈSE, P., 1934: *Le théâtre et le public à Paris sous Louis XIV (1659-1715)*, Paris: Droz.
- MÉNIL, A., 1995: *Diderot et le drama. Théâtre et politique*, Paris: Presses universitaires de France.
- MITTMAN, B., 1984: *Spectators on the Paris Stage in the Seventeenth and Eighteenth Centuries*, Ann Arbor: Michigan UP.
- MOREAU, F., 1887: *Le code civil et le théâtre contemporain: M. Alexandre Dumas, fils*, Paris: L. Larose et Dorcel (en esp. «La filiation naturelle»).
- MORTIER, R., 1997: «Diderot et la fonction du geste», *Recherches sur Diderot et sur l'Encyclopédie*, 23, 79-87.
- NORA, P. (dir.), 1986: *Les Lieux de la mémoire*, Paris: Gallimard.
- PUCCL, S. R., 2004: «Picture Perfect: Snapshots of the Family», en *L'Esprit Créateur*, 44, 1, 68-82.
- PUFERNDOR, S., 1984: *De jure naturae et gentium (1672)*, Lib. II, Cap. 3, «De la ley natural en general», trad. de A. GARCÍA-GALLO, 1984. *Manual de Historia del Derecho español. II: Metodología histórico-jurídica. Antología de fuentes del derecho español*, Madrid: Artes Gráficas y Ediciones, 10.^a reimp.
- RAETHER, M., 1987: «Pantomime und Mimesis: die interpretation des Neveu», en D. HARTH y M. RAETHER (Hrsg.), 104-125.
- RAVEL, J. S., 1993: «Seating the Public: Spheres and Loathing in the Paris Theaters, 1777-1788», *French Historical Studies*, 18.1, 173-210.
- 1999: *The Contested Parterre: Public Theater and French Political Culture, 1680-1791*, Ithaca: Cornell UP.
- REGNAULT, H., 1922: *La condition juridique du bâtard au Moyen-Age*, Pont-Audemer: Imp. Les-cuyer Frères.
- ROBERT, M., 1972: *Roman des origines et origines du roman*, Paris: Editions Bernard Grasset.
- 1973: *Novela de los orígenes y orígenes de la novela*, trad. de R. DURBÁN SÁNCHEZ, Madrid: Taurus.
- ROUSSEAU, J.-J., 1997: *Las confesiones*, trad., prólogo y notas de M. ARMIÑO, Madrid: Alianza Editorial.
- RICHARD, L., 1866: *De la condition juridique des enfants naturels en droit romain et droit français*, Caen: Hirmais.

- SAADA, L., 2012: «Les interventions de Napoléon Bonaparte au Conseil d'État sur les questions familiales», *La Revue Napoléonica*, 2.14, 25-49.
- SAVATIER, J., 1965: *L'évolution de la condition juridique des enfants naturels en droit français*, Bruxelles: Établissements É. Bruylant.
- SESSA, J. (dir.), 1999: *Figures de l'exclu*. Actes du colloque international de littérature comparée (2-3-4 mai 1997), Saint-Étienne: Publications de l'Université Jean-Monnet.
- SIMON, J., 2001: *Beyond Contractual Morality. Ethics, Law, and Literature in Eighteenth-Century France*, Rochester, New York: University of Rochester Press (en esp. «Negotiating the Legal and Moral: Diderot Conversation of a Father with His Children»).
- STENGER, G., 2013: *Diderot: Le combattant de la liberté*, Paris: Éditions Perrin.
- SZONDI, P., 1979: «Tableau et coup de théâtre. Pour une sociologie de la tragédie domestique et bourgeoise chez Diderot et Lessing», *Poétique*, 9, 1-14.
- VAN HONSTÉ, V., 1977: *La condition juridique des enfants naturels: passé, présent et avenir. Mercuriale prononcée par... à l'audience solennelle de rentrée de la Cour d'Appel de Bruxelles, le 1^{er} sept. 1977*, Bruxelles: Cour d'Appel de Bruxelles.
- VARGAS LLOSA, M., 2008: «La civilización del espectáculo», *El País*, 6 de septiembre.
- febrero 2009: «La civilización del espectáculo», *Letras Libres*, 6-14.
- 2012: *La civilización del espectáculo*, Madrid: Alfaguara.

UNA FILOSOFÍA DEL DERECHO PARA EL MUNDO LATINO. OTRA VUELTA DE TUERCA*

Manuel Atienza

Universidad de Alicante

RESUMEN. El autor desarrolla los planteamientos que había formulado previamente en una especie de Manifiesto en favor de una filosofía del derecho para el mundo latino, que se publicó en el número 30 de la revista (2007), y subraya de qué manera se conecta con una visión argumentativa del derecho.

Palabras clave: Filosofía del derecho, mundo latino, postpositivismo.

A Philosophy of Law for the Latin World. A step forward

ABSTRACT. The author elaborates on some theses previously formulated in a kind of Manifesto for a Philosophy of law for the latin world —relied in this Journal, issue 30, year 2007. The connection between this project and an argumentative approach to the law is specifically highlighten.

Keywords: Philosophy of Law, latin world, postpositivism.

* Fecha de recepción: 15 de mayo de 2014. Fecha de aceptación: 2 de julio de 2014.

1.

Desde hace algunos años he estado dándole vueltas a la idea de si (y cómo) se podría proponer algo así como un modelo de elaboración de la filosofía del derecho para el mundo latino. Incluyo en el mundo latino, obviamente, a los países latinoamericanos, pero también a los países latinos de Europa, de manera que el concepto de «mundo latino» es más amplio que el de Hispanoamérica o el de Iberoamérica. De lo que se trata con ello es de incorporar a otros países europeos, además de España y Portugal, y, en particular, a Italia. Y la razón es bastante obvia: los estudios de filosofía del derecho han tenido un gran desarrollo en este país en los últimos tiempos. Para mostrar —si es que fuera necesario hacerlo— hasta qué punto es así, bastará con mencionar el nombre de Norberto BOBBIO, el padre de la actual iusfilosofía italiana, pero responsable también en gran medida de mucho de lo que se ha hecho en España en las últimas décadas (desde la introducción de sus ideas iusfilosóficas en los años sesenta del siglo XX por Elías DÍAZ) y cuya obra ha tenido y sigue teniendo igualmente una considerable influencia en muchos países latinoamericanos.

Pues bien, esa idea de una filosofía del derecho para el mundo latino la he ido modelando en varios escritos de los últimos años, pero en realidad creo que siempre ha estado en el trasfondo de todo mi trabajo intelectual: desde que comencé mi carrera académica con una tesis sobre la filosofía del derecho en Argentina (completada en 1976). En el año 2007 (ATIENZA, 2008), en el contexto de una discusión con Eugenio BULYGIN sobre el positivismo jurídico, propuse un *Manifiesto* (en forma de decálogo), en el que trataba de sugerir (después de defender la tesis de que el positivismo jurídico no podía considerarse como una concepción aceptable del derecho) cómo habría que construir una filosofía (una teoría) del derecho con la vista puesta en los países latinos de Europa y de América. Me pareció también que las ideas expresadas en ese *Manifiesto* eran compatibles, no exactamente con ser marxista, pero sí con muchas ideas que se encuentran en esa tradición de pensamiento y que haríamos mal en abandonar sin más; es decir, en suprimir de lo que podría considerarse como el acervo cultural de un filósofo del derecho de nuestra época y de nuestros mundos. Así lo expresé en un texto de 2009 titulado *Por qué leer a Marx hoy* (ATIENZA, 2009a). Volví otra vez al tema al ocuparme de la filosofía del derecho en Argentina en los últimos tiempos (ATIENZA, 2009b), insistiendo siempre en que ese tipo de teoría que yo proponía no tendría que ser positivista, debería comprometerse con un objetivismo mínimo en materia valorativa (sin ser por ello iusnaturalista), sustentar el pragmatismo filosófico en uno de los significados de esta última expresión, y esforzarse por insertar esa teoría o filosofía del derecho en la práctica jurídica: en las diversas prácticas jurídicas. Y, finalmente, volví a ocuparme de esa cuestión en 2012, en mi contribución para el primer número de la nueva época de la *Rivista di filosofia del diritto*, para el cual, la dirección de la misma invitó a una serie de iusfilósofos a ofrecer una contestación a la pregunta de «¿Qué filosofía del derecho?». En ese trabajo (ATIENZA, 2012), partía de una discusión que había tenido lugar a propósito de un artículo de FERRAJOLI (2011) en el que este autor planteaba dos modelos de constitucionalismo: el garantista o normativo, el suyo; y el principalista o argumentativo, entre cuyos defensores me incluía. Los puntos a debatir eran estos tres: la conexión o separación entre el derecho

y la moral; la contraposición entre las reglas y los principios; y la forma de entender la ponderación (en cuanto mecanismo argumentativo requerido por la aplicación de principios). Dicho de manera sintética, mi opinión venía a ser que la obra de FERRAJOLI (y no era ni mucho menos la primera vez que discutía con él en relación con estas cuestiones) cumple con algunas de las exigencias que yo trazaba en aquel *Manifiesto*, pero se aleja del mismo en dos aspectos de considerable relevancia: en su adhesión al positivismo jurídico (por mucho que insista en que el positivismo jurídico que él defiende está bastante alejado de lo que él acostumbra a llamar «paleopositivismo») y en su escepticismo (o, como él prefiere denominarlo, «no-cognoscitismo») en materia moral.

Pero permítanme que les lea aquel *Manifiesto*, antes de seguir adelante y cumplir con lo que sugiere el subtítulo de mi conferencia: Otra vuelta de tuerca.

1. Si el derecho —como alguna vez se ha escrito— es «una gran acción colectiva que transcurre en el tiempo», una práctica social, entonces la teoría del derecho tiene, de alguna manera, que formar parte de esa práctica. Una consecuencia de ello es que el teórico del derecho no puede ser ajeno a los valores de esa práctica, ni puede tampoco concebir su participación en la misma en términos puramente individuales. Lo que debería guiar nuestro trabajo, en definitiva, no es el afán de originalidad, sino de participar cooperativamente con otros en la mejora de esa práctica.

2. La elaboración de una teoría del derecho completamente general, válida para cualquier sistema jurídico, es una empresa de valor limitado. Pero, además, no es nada obvio que la teoría jurídica al uso, el paradigma anglo-americano dominante (positivista o no), sea verdaderamente general. Por eso, ante el riesgo cierto de que la globalización en la teoría del derecho responda más bien a lo que se ha llamado la «globalización de un localismo», podría ser de interés desarrollar teorías del derecho —digamos— «regionales», de acuerdo con los diversos círculos de cultura hoy existentes. El multilateralismo parece una estrategia deseable, y no sólo en el ámbito de la política internacional.

3. Los países latinos, de Europa y de América, constituyen uno de esos círculos culturales. Aunque con niveles de desarrollo económico, político, científico, tecnológico, etc. diferentes, esos países son sumamente afines desde el punto de vista de sus sistemas jurídicos y de sus lenguas, poseen una rica tradición de pensamiento jurídico, y en todos ellos el Estado constitucional opera como un ideal regulativo para el desarrollo del derecho y de la cultura jurídica. En muchos de esos países la filosofía del derecho ocupa hoy un lugar académicamente destacado, lo que explica que exista un buen número de cultivadores de la disciplina con un alto nivel de competencia «técnica». ¿Cómo explicar entonces que la producción iusfilosófica se limite en buena medida a comentar o discutir ideas y teorías surgidas en otros ámbitos culturales y destinadas también muchas veces a tratar con problemas característicos de esos otros ámbitos?

4. Lo anterior no es una invitación al localismo en la teoría del derecho, sino a distinguir entre lo puro o fundamentalmente local y lo que tiene —o puede tener— un valor genuinamente general o universal (en relación, al menos, con el universo del Estado constitucional). Las teorías iusfilosóficas de ámbito regional podrían configurar una útil mediación ente lo local y lo universal y contribuir así a una globalización más equilibrada en la teoría del derecho.

5. La filosofía del derecho no es un género retórico, pero una forma equivocada de practicar la teoría jurídica consiste en desentenderse de quiénes son los destinatarios de los escritos iusfilosóficos y de quiénes pueden hacer uso de las ideas que se encuentran en ellos. Quizá no tenga sentido producir obras destinadas únicamente a otros filósofos del derecho, y menos aún cuando sus destinatarios directos parecerían ser intelectuales a los que todo lo que se genera fuera de su ámbito cultural les es ajeno.

6. Otro error, que frecuentemente va de la mano del anterior, es el de olvidar que una teoría del derecho sólo merece la pena si se ocupa de problemas relevantes y que esa relevancia viene fijada por los intereses de la comunidad jurídica ampliamente entendida. Además de algún otro factor de carácter exógeno, no es absurdo pensar que la falta de atención a los problemas y a los destinatarios puede constituir la principal explicación de la insatisfactoria situación de la filosofía del derecho en los países latinos: un (al menos en muchos casos) alto nivel de sofisticación técnica y una (en general) escasa influencia en la cultura jurídica y en la práctica del derecho de sus respectivos países.

7. Un modelo de teoría del derecho pragmáticamente útil y culturalmente viable en nuestros países bien podría consistir en combinar estos tres ingredientes: método analítico, objetivismo moral e implantación social. Cada uno de ellos está especialmente vinculado a una de las grandes concepciones del derecho bajo las cuales se suele clasificar, entre nosotros, a los filósofos del derecho: el positivismo jurídico, el iusnaturalismo y la teoría crítica del derecho.

8. Positivismo jurídico y filosofía analítica no son, obviamente, términos sinónimos pero, dada la estrecha vinculación existente entre ambos, es razonable considerar que el método analítico es uno de los aspectos más valiosos que el positivismo jurídico puede dejar como herencia a la cultura jurídica. Ese método suele cifrarse en el uso y aceptación de ciertas distinciones (por ejemplo, entre enunciados descriptivos y prescriptivos, o entre explicar y justificar) que, por lo demás, no deberían entenderse en un sentido rígido: entre lo descriptivo y lo prescriptivo pueden existir «puentes» y explicar una decisión puede contribuir notablemente a su justificación.

9. Algo parecido puede decirse de la relación entre el iusnaturalismo y el objetivismo moral y la unidad de la razón práctica, si bien la manera más adecuada de sostener estas dos últimas tesis no consiste en recurrir al derecho natural, sino a alguna forma de procedimentalismo o constructivismo moral. En todo caso, las dos principales razones para rechazar el no cognoscitivismo ético (y el relativismo, pero obviamente no como posición de ética descriptiva) son: 1) no permite reconstruir aspectos importantes de la práctica jurídica (en particular, de la justificación de las decisiones judiciales); 2) es autofrustrante. La alternativa debería ser un objetivismo moral (mínimo) que, frente al relativismo, defiende la tesis de que los juicios morales incorporan una pretensión de corrección y, frente al absolutismo, la de que los juicios morales (como los de los tribunales de última instancia) incorporan razones últimas (en el razonamiento práctico), pero abiertas a la crítica y, por tanto, falibles.

10. Los aspectos más valiosos de las teorías críticas del derecho giran en torno a la necesidad de insertar el derecho (y la teoría del derecho) en el medio social y plantearse su potencial de transformación social. Esa concepción (o una cierta manera de entenderla) muestra así la necesidad de que la teoría del derecho incorpore ciertas categorías que generalmente quedan fuera del análisis (conflicto, trabajo, poder, necesidad social), asuma el carácter histórico del derecho y de las categorías jurídicas y preste atención a los elementos desiguales e ideológicos del derecho (también de los derechos del Estado constitucional).

2.

Trataré ahora de desarrollar esos diez puntos teniendo en cuenta (incorporando) algunos aspectos presentes en los trabajos a los que antes hacía referencia y en algunos otros de los últimos tiempos. Muchos de esos escritos forman parte de polémicas con iusfilósofos del mundo latino que defienden posturas más o menos alejadas de la mía: BULYGIN, GUASTINI, COMANDUCCI, CHIASSONI, LAPORTA, GARCÍA AMADO, HABA o FERRAJOLI. Y versan sobre temas tales como el positivismo jurídico, el constitucionalismo, la ponderación, el objetivismo moral, o la función de las teorías argumentativas del derecho. La tesis última que voy a defender aquí es que una filosofía del derecho

que cumpla con los requisitos establecidos en ese *Manifiesto* significa hoy, fundamentalmente, una que se centre en la dimensión argumentativa del derecho. Veámoslo.

1.1.¹

El autor de la frase «el derecho es una gran acción colectiva que transcurre en el tiempo» es Carlos NINO, pero algo muy semejante podría encontrarse en DWORKIN, en general en los autores que integran el paradigma constitucionalista, en los hermenéuticos y los que se consideran dentro de la tradición iusnaturalista (FULLER contrapuso al normativismo de un KELSEN o de un HART su visión del derecho como una empresa, una actividad, con la que tratan de lograrse determinadas finalidades), en los realistas jurídicos (particularmente los norteamericanos), etc. El que pueda ser aceptada por muy diversas concepciones del derecho no quiere decir, ni mucho menos, que se trate de una tesis trivial. No lo es cuando se considera a qué (a qué otra concepción del derecho) se opone, y qué consecuencias tiene.

Pues bien, se opone, hablando en términos generales, al positivismo normativista, esto es, a la que probablemente haya sido (sigue siendo) la concepción del derecho dominante en el mundo latino. Podría pensarse quizás que esto no es así (o no necesariamente) dado que, precisamente, una tesis esencial del positivismo (de cualquier tipo) es la de las fuentes sociales del derecho. Pero la idea de que el derecho es una práctica social expresa algo más: no sólo el carácter artificial, convencional si se quiere, del derecho, sino su dimensión valorativa, sin la cual la idea de práctica social se desvanecería. Por eso, no se considera la dimensión del derecho como práctica social cuando el mismo se reduce a un lenguaje (el lenguaje de los enunciados legislativos) y el papel de la teoría o de la filosofía del derecho al análisis de ese lenguaje. Como se sabe, esa es la tesis defendida por BOBBIO en un famosísimo trabajo de 1950 (BOBBIO, 1950) que se considera como el origen de la iusfilosofía analítica en Italia y que sigue funcionando como paradigma en muchos centros del mundo latino. BOBBIO, por cierto, cambió esa manera de entender el derecho y la teoría jurídica en trabajos posteriores [en alguno de los cuales parece haberse aproximado al realismo jurídico (en BOBBIO, 1980)], pero ese esquema inicial de Bobbio no ha perdido del todo su carácter programático. Así, en un trabajo reciente y significativamente titulado *Manifiesto di una filosofía analítica del diritto*, Riccardo GUASTINI (2012) parte del «presupuesto ontológico-jurídico» de que «el derecho no es más que un lenguaje, un discurso: el conjunto de enunciados formulados por la autoridad normativa»; y de que «la filosofía del derecho sería, en consecuencia, un método consistente en el análisis lógico del lenguaje» (p. 52). Afirmaciones ambas que también parecerían valer para FERRAJOLI [piénsese en su monumental «*Principia iuris*» (FERRAJOLI, 2010)] y para muchos otros autores del mundo latino cuyas obras gozan de una considerable influencia.

Y las consecuencias teóricas y prácticas de asumir una u otra concepción son considerables. Pensemos, por ejemplo, en el tema de la interpretación. Para los iuspositivistas como GUASTINI (1990) o BULYGIN (1992) interpretar consiste simplemente en pasar de un enunciado (una disposición) a otro (a una norma: el enunciado interpreta-

¹ La numeración hace referencia a cada uno de los puntos del *Manifiesto*.

do) lo que requiere de una regla semántica (un canon de interpretación). Por supuesto, la interpretación es vista también por estos autores como una operación importante en el derecho, pero según ellos no habría en ella nada de particular, simplemente porque lo único que estarían considerando (sobre todo en el caso de BULYGIN) es el plano formal o lógico del derecho. Por razones parecidas, la interpretación no juega tampoco un papel muy importante en la obra de FERRAJOLI, al igual que ocurre en la de KELSEN. Sin embargo, las cosas son muy distintas para quien ve el derecho como una práctica social, pues desde esta última perspectiva la interpretación adquiere una importancia esencial: mediante la interpretación se trata de desarrollar los valores de esa práctica, sin salirse de la misma: interpretar no es inventar. No se puede, por ello, interpretar sin asumir un punto de vista interno a la práctica, esto es, sin aceptar los valores de la práctica; el propósito de la interpretación ha de ser el de desarrollar esos valores de una manera coherente. Y esto significa que no es posible tampoco establecer una separación estricta entre la labor de los teóricos generales del derecho, la de los dogmáticos o la de los operadores prácticos del derecho. La teoría jurídica, en definitiva, no puede ser puramente descriptiva y explicativa: es también, esencialmente, normativa: dirige la práctica y se integra con ella.

1.2.

Lo anterior no supone, naturalmente, negar que el derecho consista en un conjunto de enunciados, en un sistema normativo. Consiste en eso, pero no sólo en eso. O sea, la práctica social que es el derecho no puede entenderse sin la noción de sistema, de sistema normativo, pero incorpora también una dimensión valorativa. Dicho de otra manera: el derecho es una práctica autoritativa que pretende lograr ciertos valores. Y esa doble dimensión (autoritativa y valorativa) se traslada también al campo de la interpretación. Interpretar en el derecho es una actividad esencial (a diferencia de lo que ocurre por ejemplo en la moral), por el papel sobresaliente de la autoridad, pero se interpreta para satisfacer ciertos valores. Al interpretar se produce el paso de un enunciado (el enunciado a interpretar, la disposición) a otro (el enunciado interpretado, la norma), lo cual puede expresarse en una operación lógica, pero lo que guía la interpretación no puede ser otra cosa que valores, de manera que una teoría de la interpretación tiene que contener también, necesariamente, un elemento axiológico: una filosofía moral y política.

1.3.

Otra consecuencia importante de una u otra forma de concebir el derecho afecta precisamente a la idea misma de la filosofía del derecho para el mundo latino. Pues si uno parte de una concepción positivista del derecho como la que se acaba de señalar, entonces no parece que tenga sentido expresarse en esos términos. ¿En qué podría diferenciarse una filosofía del derecho para el mundo latino con respecto a la filosofía del derecho *tout court*? Mientras que las cosas no son ya así si se asume la otra concepción. O sea, si la filosofía del derecho se concibe como una reflexión a partir de nuestras

prácticas jurídicas, entonces es posible pensar en una iusfilosofía más o menos diferenciada de otras, puesto que en la misma tendrían que traslucirse los rasgos peculiares de esas prácticas. Rasgos que, obviamente, desaparecen cuando el trabajo iusfilosófico se centra en (y se reduce a) operaciones tales como la de caracterizar el lenguaje prescriptivo frente al descriptivo, las normas de mandato frente a los permisos, las lagunas normativas frente a las axiológicas, etcétera.

1.4.

Otra forma de expresar la anterior idea consistiría en afirmar que una concepción positivista del derecho tiene pretensiones exclusivamente cognoscitivas, aunque se trate de un conocimiento puramente formal del derecho. Mientras que para la concepción del derecho como una práctica social a las pretensiones cognoscitivas se añadiría otra (la fundamental) de carácter práctico o político. El filósofo del derecho no trataría exactamente o en lo esencial de alcanzar nuevos conocimientos (de buscar un tipo de originalidad como la que pudiera representar una nueva forma de caracterizar la diferencia entre las reglas y los principios o de entender la validez), sino más bien de elaborar conceptos que puedan contribuir a hacer avanzar la práctica.

1.5.

Vista como práctica teórica, la filosofía del derecho es una actividad que requiere de ciertos elementos sin los que no podría existir una comunidad iusfilosófica. Así, quienes desarrollan la práctica tienen que compartir ciertas finalidades, aunque se trate de finalidades dadas en un plano más bien abstracto. Entre sus miembros tendría que darse cierto grado de conocimiento mutuo, es decir, tendrían que tomarse unos a otros en serio en cuanto interlocutores. Y hay un tipo de debate, la controversia (el debate —tal y como lo entiende DASCAL (DASCAL, 2007)— basado en argumentos, y que ocupa una posición intermedia entre una discusión científica y una mera disputa entre conflictos de preferencias que son irresolubles) que debería jugar un papel de gran importancia como medio de expresión iusfilosófico.

2.1.

La expresión «globalización de un localismo» es de BOAVENTURA SANTOS, y sirve muy bien para expresar sintéticamente mucho de lo que ocurre en el mundo global con la cultura, incluida la cultura iusfilosófica. Conviene entonces adoptar cierta actitud de cautela o de sospecha en relación con las modas iusfilosóficas que se nos imponen (básicamente desde el mundo anglosajón) y, en todo caso, en relación con la manera de tratar esos tópicos de moda. Por ejemplo, ¿es la distinción entre positivismo jurídico incluyente, excluyente y normativo la más relevante que puede trazarse para discutir acerca del positivismo jurídico? ¿No merecería la pena tener en cuenta también la dimensión histórica de esa dirección del pensamiento jurídico? ¿Y se puede presentar el

debate en torno al positivismo jurídico de la misma manera en los países anglosajones y en los del mundo latino: tiene las mismas connotaciones ser un iusnaturalista (si es que esa fuera la única alternativa al positivismo jurídico) en Buenos Aires o en Madrid que en Harvard o en Oxford? ¿Y por qué olvidar, en todo caso, contribuciones a esa polémica tan importantes como la de CARRIÓ [quizá el primer «positivista incluyente»: nada menos que en 1970 (en CARRIÓ, 1986)], la de SCARPELLI [que defendió a mitad de los años sesenta y con una extraordinaria penetración lo que ahora suele llamarse positivismo normativo o valorativo (SCARPELLI, 1965)] o la de GONZÁLEZ VICÉN [en varios trabajos de los años cincuenta y sesenta del siglo XX que, en mi opinión, representan la mejor caracterización —en clave histórica— que tenemos del positivismo jurídico (GONZÁLEZ VICÉN, 1979)]?

2.2.

Que la filosofía del derecho representa una aproximación general al fenómeno jurídico es algo que no ofrece ninguna duda. Pero lo que no es ya tan obvio es cómo de general ha de ser esa aproximación. Por supuesto, existen enfoques —enfoques valiosos— que son, por así decirlo, completamente generales y que sería absurdo abandonar: por ejemplo, el del análisis lógico de los conceptos básicos del derecho. Pero la filosofía del derecho no se acaba ahí, no tiene por qué acabarse ahí. Recuérdese la famosa polémica entre HART y DWORKIN, una de cuyas claves es el propósito del primero de construir una teoría descriptiva del derecho y que pretende servir para cualquier sistema jurídico (mínimamente desarrollado), mientras que el objetivo del segundo era el de construir una teoría normativa circunscrita al derecho de los Estados Unidos (y, por extensión, al de los derechos de los Estados constitucionales). ¿Pero supone lo anterior un criterio para optar, digamos, por HART frente a DWORKIN? Y, por cierto, ese carácter menos general del enfoque de DWORKIN, ¿le hace ser por ello menos «universal»? ¿No tendría entonces sentido proponerse elaborar, de manera central, una teoría del derecho de los Estados constitucionales del mundo latino que, desde luego, no podría prescindir de los otros enfoques a que me he referido, pero que pusiera el acento en las peculiaridades de nuestros sistemas jurídicos?

2.3.

Al fin y al cabo, la filosofía del derecho viene a ser (al menos, desde cierto punto de vista) una filosofía regional o particular en relación con la filosofía general, pero eso, claro está, no tiene por qué llevar a dejar de considerarla como una filosofía. En mi opinión, la mejor filosofía del derecho es probablemente la que mantiene una adecuada (y estrecha) conexión con la filosofía general, lo que significa que recibe de esta última ciertos materiales (ideas) que, debidamente transformados en el mundo jurídico, pueden revertir luego al campo de origen. Me parece que una ilustración de esa manera de proceder la encontramos en la teoría del discurso de ALEXY. Como se sabe, él toma la noción de HABERMAS (de la filosofía general), pero no se limita a aplicarla sin más al campo jurídico, sino que la enriquece y la transforma con lo que, al final, lo que regresa

al campo de la filosofía general es una idea más articulada y que seguramente los filósofos generales harían muy bien en tomar en cuenta. ¿Y no cabría pensar en que algo parecido podría tener lugar entre la filosofía del derecho *tout court* y, por ejemplo, la filosofía del derecho del mundo latino si bien, en uno y otro caso, el «movimiento» de las ideas no tendría por qué provenir siempre del primero de los campos: de la filosofía general o de la filosofía del derecho *tout court*?

2.4.

No es fácil, en todo caso, precisar en qué debería ser distinta esa filosofía del derecho del mundo latino en relación con otras filosofías del derecho «regionales». Pero me parece que esos posibles rasgos diferenciales tendrían que buscarse en relación con la materia o los problemas preferentes de estudio, con el método a emplear y con la función o finalidad perseguida. Me limitaré a hacer, al respecto, algunas preguntas que, yo creo, tiene sentido plantearse y tratar de contestar, quizás como una tarea previa a la de fijar del todo esas características. ¿Estamos los filósofos del derecho del mundo latino volcados (u orientados preferentemente) a las cuestiones que tenemos razones para considerar como las más relevantes en nuestras culturas jurídicas? ¿Nos hemos preocupado por desarrollar las herramientas metodológicas que podrían servirnos a nosotros (y a los otros operadores jurídicos) para resolver o esclarecer los problemas relevantes que plantean el funcionamiento de nuestros sistemas jurídicos? ¿Hemos reflexionado suficientemente sobre cuál tendría que ser el papel de la filosofía del derecho en el conjunto del saber jurídico (tal y como es practicado en nuestros medios) y de los saberes sociales y de la filosofía (tal y como se dan también en nuestros medios)? ¿Y acaso las respuestas a todas esas preguntas no nos llevarían a procurar elaborar una filosofía del derecho menos «seguidista» que la que solemos practicar?

3.1.

Estar inserto en una tradición de pensamiento es probablemente uno de los requisitos necesarios para poder hacer de manera significativa filosofía del derecho. Pero para que exista una tradición no basta con que hayan existido pensadores de talla suficiente y con que ellos hayan producido obras importantes. Se necesita también que se hayan creado instituciones, esto es, organizaciones con fines compartidos por quienes la integran y que aseguren cierta continuidad, cierta pervivencia, a lo largo del tiempo. En el mundo latino no faltan esos autores relevantes. Sin salir del siglo XX, se podrían dar unos cuantos nombres que permitirían, a partir de ellos o de sus obras, fundar una tradición. Me limito a señalar tres: Norberto BOBBIO, Carlos VAZ FERREIRA y Carlos NINO. Hemos carecido sin embargo, y me parece que en buena medida seguimos careciendo, de instituciones capaces de hacer fructificar esas obras, de darles continuidad. ¡Qué diferencia con lo que ha ocurrido en el ámbito anglosajón! La influencia de AUSTIN llega hasta mediados del siglo XX y es con él, con su concepción imperativista del derecho, con quien discute fundamentalmente HART. Al igual que es al positivismo hartiano al que DWORKIN toma como modelo que pretende superar. Los integrantes

del movimiento *Critical Legal Studies* se afanan por mostrar los límites del liberalismo dworkiniano. Etcétera.

3.2.

La presencia del Estado constitucional como forma de organización política aceptada casi sin excepciones en el mundo latino parecería ofrecer una base sólida sobre la que edificar una filosofía del derecho para estos países. Pero para ello hay dos obstáculos que habría que superar y que, en buena medida, están en el centro de la discusión en los últimos tiempos. Uno es el formalismo en cuanto concepción, ideología, profundamente arraigada en nuestra cultura y que, simplificando, viene a consistir en reducir el derecho a reglas y en aislar el derecho de otros fenómenos sociales y culturales. El otro, el defecto opuesto, consiste en ignorar que el derecho es —aunque no sea sólo eso— un fenómeno autoritativo en el que las reglas tienen que jugar un papel preponderante; en reducir, por así decirlo, el derecho a principios, a valores; y en hacer, por tanto, que el derecho pierda uno de sus rasgos de identidad y pase a ser considerado como un capítulo más de la moral. Quizá no exista un término aceptado por todos para designar esta segunda concepción, pero yo creo que podría servir el de «neo-constitucionalismo», en el sentido que le atribuyeron quienes acuñaron el término y, en general, quienes se califican a sí mismos de «neo-constitucionalistas». Pues bien, se trata, así entendida, de una concepción del derecho que no es compatible con el constitucionalismo post-positivista de autores como DWORKIN, como ALEXY o como NINO. La filosofía del derecho del mundo latino, en mi opinión, debería ser constitucionalista, pero no neo-constitucionalista.

4.1.

Hay una curiosa ficción que, a lo largo de los últimos años, he podido ver que aceptan muchísimos iusfilósofos del mundo latino y en la que se basan también las agencias de evaluación de la investigación que operan, con creciente influencia, en el contexto de nuestras universidades. La ficción consiste en suponer que la filosofía del derecho supone un tipo de actividad semejante a la de la matemática, la física y la biología, en el sentido de que, tanto en un campo como en los otros, existen instituciones de ámbito mundial que integran a la comunidad de sus cultivadores (la IVR para los iusfilósofos), organizan congresos de ámbito mundial en los que se discuten los avances en la materia siguiendo las reglas del diálogo racional, etc. Las cosas, sin embargo, no son exactamente así: entre cómo están organizadas esas disciplinas científicas y cómo lo está la filosofía del derecho existen diferencias muy considerables. Cito un texto de un artículo reciente (ATIENZA, 2012):

No existe ninguna estructura institucional en la que los trabajos iusfilosóficos puedan competir entre sí en un plano de igualdad, en la que cualquier idea pueda llegar a imponerse a sus rivales si es que cuenta con mejores argumentos en su favor. Y no existe porque ese tipo de diálogo —de diálogo racional— presupone ciertos requisitos que están manifiestamente ausentes en el ámbito de la filosofía del derecho. Está ausente, sin ir

más lejos, el interés en escuchar por parte de quienes —se supone— tendrían que ser los destinatarios de esos mensajes. Y no hay, por otro lado, por qué considerar que se trata de un desinterés culpable: no hay nada que reprochar a quien no te escucha porque simplemente no conoce tu lengua o porque vive y trabaja inserto en un tejido institucional —en una cultura jurídica— que cuenta con sus reglas propias de funcionamiento, las cuales le llevan a comportarse de manera «autopoietica». Simplemente, el derecho no es como las matemáticas, como la biología o como la física. Hoy por hoy, la «ciencia del derecho» (en el sentido amplio e impreciso de la expresión) sigue siendo, en muy buena medida, una ciencia de cada pueblo o de cada cultura. Por lo demás, esa relación de asimetría comunicativa que caracteriza a la filosofía del derecho tiene, naturalmente, algunas excepciones y, en todo caso, no es una razón para dejar de escuchar a quien, aunque no esté en disposición a su vez de escucharnos, sin embargo, tiene algo interesante que decirnos. Pero lo que no parece tener mucho sentido —para expresarlo de manera cruda— es empeñarse en escribir textos iusfilosóficos que parecerían tener como objetivo último el de aparecer citados —naturalmente, solo en nota a pie de página— en alguna obra de un autor anglosajón. Podemos aspirar a más» (p. 128).

4.2.

Si se deja de creer en ficciones como la que acabo de señalar, es probablemente más fácil que se acepte la necesidad, o la conveniencia, de una «implantación política» de la filosofía del derecho que asuma como una de sus funciones la de mediar entre lo local y lo global; lo que no podrá hacerse si no se construye, a su vez, una teoría de ámbito regional dirigida a dar cuenta y a guiar las prácticas jurídicas en el contexto de nuestros Estados constitucionales.

Entiéndaseme bien, no se trata de ir contra organismos como la IVR que, en términos generales, juegan un papel positivo, ni de defender una especie de «nacionalismo iusfilosófico» que seguramente traería males semejantes a los producidos por el nacionalismo en el campo de la política: el populismo, la confusión ideológica, etc. Se trata de no engañarse y de construir una filosofía del derecho apoyada sobre el suelo firme que supone la realidad de nuestros derechos y de nuestras culturas jurídicas.

5.1.

Vuelvo sobre un punto anterior. Nos empeñamos muchas veces en escribir textos iusfilosóficos dirigidos a un destinatario que no existe, porque no está en condiciones de escuchar o porque no está dentro de sus intereses el hacerlo. Y nos olvidamos, al mismo tiempo, de que contamos con un auditorio potencial de enormes dimensiones y que reposa sobre un suelo fértil en el que podrían crecer y fructificar las ideas iusfilosóficas. También aquí (estoy hablando de un pragmatismo bien entendido) haríamos bien en seguir el modelo de la iusfilosofía anglosajona que en muchos aspectos ha sabido institucionalizar con éxito la teoría del derecho. Además, nosotros estamos, en relación con ellos, en una situación de cierta superioridad que deberíamos ser capaces de aprovechar. Pues mientras que ellos viven inmersos prácticamente en una sola cultura, nosotros tenemos acceso por lo general a varias de ellas: a la nuestra (a las nuestras) y, con ciertas limitaciones, también a la suya. Pero para que esto se convierta realmente

en una ventaja es necesario que en lugar de navegar sin rumbo, perdidos de un lado para otro, sepamos con alguna precisión cuál es nuestro puerto de destino y cuáles las mercancías que tendríamos que desembarcar.

5.2.

La metáfora anterior la utilizaba IHERING para dar cuenta de cuál era en su opinión la función (práctica) del jurista (semejante a la del marino que tiene que llevar a puerto determinadas mercancías) que, por supuesto, sirve también para el filósofo del derecho. Las fronteras entre el trabajo del jurista práctico, del que elabora la dogmática jurídica y del filósofo del derecho son (o deberían ser) fluidas. Hace algunos años, DWORKIN (2007) escribió un texto (proveniente de una conferencia) defendiendo que los juristas (en particular los jueces —sobre todo, los jueces constitucionales—) debían y podían ser filósofos. Tenía razón, pero quizás merezca la pena hacer notar que al hablar de los filósofos cuyas obras recomendaba leer a los juristas de su país, aparte de a los filósofos clásicos, sólo incluía, entre los contemporáneos, a autores estadounidenses. Como se ve una vez más, una prueba de que una concepción no ya «regionalista», sino bien «localista» de la filosofía del derecho puede llegar a tener un alcance muy universal.

5.3.

La falta de pragmatismo es, en mi opinión, el defecto fundamental de la filosofía del derecho que se suele elaborar en el mundo latino. Pero a lo que me refiero, como antes decía, es a un pragmatismo bien entendido que nada tiene que ver con el pragmatismo ramplón del jurista que vive a ras de suelo y que no es capaz de entender que en el derecho se necesitan teorías precisamente para poder ser suficientemente prácticos. Ni tampoco con el «nuevo pragmatismo» de RORTY y compañía, cuyo escepticismo radical en relación con la razón —práctica y teórica— no puede significar otra cosa que la negación de la filosofía del derecho; por lo menos, de la que aquí se pretende bosquejar.

El pragmatismo al que estoy apelando podría entenderse, básicamente, como una actitud o un presupuesto último del pensamiento iusfilosófico, consistente en dar primacía a la práctica. Es, pues, obvio que bajo ese rubro caben no una sola, sino una pluralidad de concepciones iusfilosóficas.

6.1.

¿No cabría pensar en que existe alguna conexión entre la incapacidad de los filósofos del derecho del mundo latino para incidir significativamente en la cultura jurídica de nuestros países y el excesivo seguidismo del paradigma anglosajón (no de su orientación pragmatista general —que me parece completamente adecuada—, sino en relación con la agenda de problemas, la forma de tratarlos y las finalidades concretas que

ese paradigma establece)? ¿Puede extrañarnos que los juristas no filósofos del derecho hayan decidido prescindir de nosotros cuando nosotros no parecemos aspirar a otra cosa que a comentar ideas surgidas en otros contextos y a ser actores muy secundarios de representaciones que tienen lugar, en realidad, en escenarios muy lejanos? ¿Qué tal si nos tomáramos en serio el lema que, según KANT, sintetizaba el espíritu de la Ilustración: ¡atrévete a pensar!>? ¿O tal vez no hemos llegado aun, en este considerable fragmento de humanidad que representa el mundo latino, a la mayoría de edad?

6.2.

Quizá no sea fácil determinar cuáles son los problemas iusfilosóficos relevantes. La noción de relevancia es, naturalmente, relativa a la concepción del derecho y de la filosofía del derecho que se tenga. Es más, un criterio que habría que considerar a la hora de optar por una u otra concepción de la filosofía del derecho podría ser el de tener en cuenta cuáles son los problemas relevantes que cada una de esas concepciones lleva a tratar.

Pero si se está de acuerdo en que la noción de problemas relevantes supone algo así como «relevantes para la comunidad jurídica entendida en un sentido amplio», eso tendría que llevarnos probablemente a cerrar las puertas a mucho de lo que BOBBIO llamó en una ocasión «filosofía del derecho de los filósofos», precisamente porque si no se cuenta con cierto grado de familiaridad con el derecho, es imposible dar satisfacción a esa exigencia de relevancia. Pero el cumplimiento de la condición de relevancia, desde luego, es compatible con —por no decir que exige habitualmente— grados muy elevados de abstracción. Y conviene no olvidar que muy abstracto no quiere decir muy abstruso. Y que si lo que se pretende es escribir para un público amplio, que vaya más allá del configurado por los propios iusfilósofos (cuando no por los iusfilósofos que han escrito sobre tal tema o que siguen tal orientación), entonces hay ciertos consejos fáciles de dar pero seguramente más difíciles de seguir y que ni siquiera merece la pena explicitar aquí por su obviedad.

7.1.

Desde luego, supone una considerable simplificación reducir a esas tres concepciones (el positivismo jurídico, el iusnaturalismo y la teoría crítica) el panorama actual de la filosofía del derecho. Pero a veces las simplificaciones pueden estar justificadas y, en todo caso, no cabe duda de que esas tres orientaciones (entendidas en un sentido suficientemente amplio) muestran tener un arraigo y una permanencia en el tiempo que no pueden deberse a una mera moda intelectual; quiero decir que tienen que estar apuntando, cada una de ellas, a algún ingrediente importante de la experiencia jurídica. Lo cual no debe llevar tampoco a proponer lo que sería una (pseudo)síntesis conciliadora que, en mi opinión, significaría todo un acto de traición a la filosofía. Cito de nuevo un pasaje del mismo trabajo al que antes me refería (ATIENZA, 2012):

Entiéndaseme bien. No estoy abogando en favor de un sincretismo iusfilosófico que tome un poco de aquí y otro poco de allá, dirigido a armar una especie de componenda

intelectual en la que cada cual pueda reconocer algo de lo suyo, de manera que al final pueda llegarse a algo así como a un acuerdo negociado. No es así, obviamente, como hay que construir una teoría que merezca la pena e incluso el nombre de tal. De hecho, mi opinión sobre el positivismo jurídico (en todas sus formas) es que se trata de una concepción del derecho históricamente periclitada a la que, simplemente —para utilizar el título de un trabajo escrito conjuntamente con Juan RUIZ MANERO—, debemos dejar atrás; al igual que la filosofía del derecho —pero hace ya cosa de un par de siglos— debió dejar atrás las doctrinas del derecho natural; y, en relación con las llamadas teorías «críticas» del derecho, mi objeción fundamental a las mismas es que, simplemente, no están en condiciones de dar cuenta del derecho del Estado constitucional y, en consecuencia, no pueden tampoco guiar las prácticas jurídicas que se desarrollan en ese contexto. Pero, al mismo tiempo, aunque uno no pueda ser ya ni positivista, ni iusnaturalista, ni «crítico», no veo ninguna razón para dejar de apropiarse de lo que pudiera haber (de lo que hay) de valioso en esas (o en otras) tradiciones, para no tener hacia ellas —si se me permite hablar así— una actitud no sólo pragmática, sino incluso «oportunista» (pp. 126-127).

8.1.

La herencia dejada por el positivismo a nuestra cultura jurídica es un tanto ambigua y necesita de alguna clarificación. Quizá la precisión más importante a hacer consista en distinguir entre el positivismo de los juristas (de los cultivadores de la dogmática jurídica y de los juristas prácticos) y el de los teóricos del derecho. El de los primeros ha sido, fundamentalmente, un positivismo formalista que sigue lastrando gravemente nuestra cultura, pero que raramente ha sido defendido por los filósofos del derecho del mundo latino. Es más, el positivismo metodológico que ha prevalecido entre nosotros (siguiendo las huellas de Kelsen o de Hart) es simplemente incompatible con el formalismo jurídico, entendida esta última expresión en su sentido usual (y peyorativo).

8.2.

A los positivistas jurídicos (empezando por Bobbio) les debemos una preocupación por la clarificación conceptual y la construcción de un método de análisis del lenguaje de los que sería insensato prescindir: de la actitud y del método. No se trata, pues, de olvidarse de las aportaciones iuspositivistas a la teoría del derecho, sino de considerarlas, en general, más como un punto de partida a la hora de estudiar un determinado problema (por ejemplo, el de la interpretación), que como un punto de llegada.

8.3.

La necesidad de superar el positivismo jurídico, el tipo de positivismo que ha prevalecido en la teoría del derecho del mundo latino y que sigue aun teniendo una considerable fuerza, se debe a estos dos factores a los que ya anteriormente me he referido. Por un lado, al reducir el derecho a un fenómeno de autoridad, el positivismo configura una concepción excesivamente pobre del derecho y que para nada da cuenta de la

experiencia jurídica que caracteriza el derecho del Estado constitucional. Y, por otro lado, al sostener la tesis del escepticismo moral se renuncia a poder edificar una teoría verdaderamente práctica del derecho: no es casual que el positivismo jurídico haya sido considerado por los propios positivistas [como PRIETO (2000) o ATRIA (1999)], como una teoría del derecho que carece de una teoría de la argumentación jurídica, o que (como en el caso de FERRAJOLI) se construya una teoría ambiciosa del derecho dirigida a la protección y salvaguarda de los derechos fundamentales..., que sin embargo, no puede fundamentar.

9.1.

La superación del positivismo jurídico no supone (no debe suponer) una vuelta al derecho natural. Al igual que hoy, en la época del constitucionalismo, no tiene ya sentido ser un partidario del positivismo jurídico, el iusnaturalismo dejó de ser una concepción del derecho acorde con los tiempos desde hace algo más de dos siglos. Para decirlo con GONZÁLEZ VICÉN, desde que, con el fenómeno de la «positivización» que tuvo lugar en Europa desde finales del XVIII, el derecho dejó de ser considerado como un orden de la conducta con validez para todos los tiempos y lugares y pasó a ser contemplado como algo histórico, como una creación humana relativa a sociedades concretas (lo que solemos llamar tesis de las fuentes sociales del derecho), y que requería un tipo de elaboración teórica que no podía ser ya la de las doctrinas iusnaturalistas. Es más (tanto GONZÁLEZ VICÉN como BOBBIO lo señalaron en alguna ocasión), el propio término «filosofía del derecho» empieza a ser usado a comienzos del XIX para tratar, aproximadamente, de las mismas cuestiones que hasta entonces se contenían en los tratados de «derecho natural».

Pues bien, lo que el constitucionalismo contemporáneo critica a los partidarios del positivismo jurídico no es que estos últimos consideren el derecho como un fenómeno artificial, como una creación humana, sino: 1) su pretensión de que el derecho puede identificarse, interpretarse, etc. prescindiendo de la moral, o sea, el aislamiento del derecho en relación con la razón práctica; 2) el escepticismo axiológico (bien se emplee esa expresión o bien la de no-cognoscitividad o relativismo moral), o sea, la negación de que los juicios de naturaleza ética sean susceptibles de justificación racional. Considerar como iusnaturalista a toda concepción del derecho que niegue las dos anteriores tesis no es más que una maniobra retórica en la que los autores positivistas vienen a coincidir precisamente con algunos iusnaturalistas (como FINNIS), aunque cada uno de ellos lo haga con propósitos muy distintos: los primeros, para denostar una concepción del derecho, dadas las connotaciones muy negativas (intolerancia política, arcaísmo conceptual, etc.) que el rótulo de «iusnaturalismo» tiene (y *par cause*) en muchos ámbitos de la cultura jurídica de los países latinos; los segundos, para seguir sosteniendo una versión aristotélico-tomista del derecho natural que, sorprendentemente, tendría que ser el fundamento de la reflexión jurídica en las sociedades globalizadas del presente, pero que acaba por servir de vehículo (lo que ya no tendría por qué suponer una sorpresa) para la defensa de tesis extremadamente conservadoras a propósito de temas tales como el aborto, la eutanasia, el matrimonio entre personas del mismo sexo o el trato a los inmigrantes (FINNIS, 2012: 76). El constitucionalismo jurídico (el tipo

de concepción en la que se puede incluir a autores como DWORKIN, ALEXY, NINO, MACCORMICK) es realmente una posición distinta a la del positivismo jurídico y a la del derecho natural. Y es precisamente esa vía la que debería transitar sobre todo la filosofía del derecho del mundo latino.

9.2.

El derecho no puede entenderse sino en el contexto de la razón práctica, cuyo carácter unitario (una unidad presidida por la moral) constituyó, quizás, el principal empeño teórico de Carlos NINO. Como él no se cansó de defender, el derecho no es un fenómeno insular, y la filosofía del derecho tiene que entenderse en términos de interconexión con la filosofía moral y la filosofía política. Ahora bien, la existencia de muchos puentes entre el derecho, la moral y la política no implica (y NINO, desde luego, era bien consciente de ello) reducir el derecho a los otros fenómenos. En particular, no supone negar al razonamiento jurídico justificativo cualquier tipo de autonomía en relación con el razonamiento moral. Esta última sería (como se indicó en 3.2) una tesis típica del neoconstitucionalismo, pero no del constitucionalismo jurídico. O sea, el razonamiento jurídico contiene siempre un fragmento de razonamiento moral, pero esas razones morales (por paradójico que pueda parecer) pueden en ocasiones justificar que se acuda a razones autoritativas (razones jurídicas) que no serían las mejores desde un punto de vista estrictamente moral el derecho y la moral, en definitiva, están lejos de ser fenómenos coextensivos.

9.3.

El objetivismo moral, cuando se entiende de manera adecuada, puede resultar una tesis bastante más fácil de aceptar de lo que muchos creen. Y, desde luego, es un presupuesto necesario para hacer filosofía del derecho con sentido. 1) De entrada, conviene recordar que el positivismo jurídico no se ha caracterizado comúnmente por ser contrario al objetivismo ético, sino por sostener la tesis de la separación entre el derecho y la moral. Como se sabe, los positivistas de la Jurisprudencia analítica inglesa (BENTHAM y AUSTIN) fueron objetivistas éticos. A diferencia de Kelsen o de ROSS que defendieron (sin duda, influidos por el positivismo lógico de la época) tesis fuertemente no-cognoscitivistas en materia moral. Pues bien, lamentablemente, es ese no-cognoscitivismo (bastante ajeno al gran desarrollo que ha conocido la filosofía moral en las últimas décadas) lo que parece estar en la base de lo que hoy, en el mundo latino, sostienen autores positivistas tan influyentes como FERRAJOLI, GUASTINI, COMANDUCCI o BULYGIN. 2) Además, los no-cognoscitivistas parecen empeñados en negar el objetivismo ético basándose en (atrincherados tras) una concepción de la verdad que sólo sería aplicable a los enunciados de la ciencia natural y de la ciencia formal. Pero el objetivismo ético no está comprometido con la tesis de que existen «verdades éticas» en el mismo sentido en que se habla de verdades en el ámbito de la ciencia. Como recientemente ha escrito DWORKIN (2011: 42-43), es cierto que en el mundo de la moral no existen «*morons*» que sean los equivalentes a los «átomos» del mundo físico. Pero ser

objetivista en materia moral significa simplemente considerar que los juicios morales pueden estar o no justificados en términos racionales; no que sean verdaderos o falsos, sino correctos o incorrectos. 3) La clave radica entonces en preguntarse cuáles son esos criterios de corrección, y la respuesta (la respuesta en la que, con diferencias de énfasis, vienen a coincidir las diversas concepciones de la ética a las que suele denominarse constructivistas) es que son los que determina el procedimiento de la discusión racional, cuyas reglas rigen tanto en relación con cuestiones teóricas como prácticas. Y dado que una de esas reglas es la del carácter abierto del diálogo racional, lo que de ahí se sigue es que el procedimiento permite arribar a juicios de validez objetiva, pero no absoluta: nuevos argumentos no considerados hasta el momento podrían hacer que tuviésemos que corregir un juicio considerado hasta entonces como correcto. O sea, el objetivismo moral no es absolutismo moral: los juicios morales incorporan una pretensión de corrección, no de verdad absoluta.

10.1.

Uno de los mayores déficits de la teoría jurídica del mundo latino (y de la teoría jurídica *tout court*) es que se ha construido sin considerar apenas el conocimiento social disponible. Y esa carencia tiene seguramente mucho que ver con una inadecuada relación con la tradición de pensamiento que se inicia con Karl MARX. En general, puede decirse que los teóricos del derecho han dejado en las últimas décadas de leer a MARX. No digo que hayan dejado de ser marxistas, lo que resultaría enteramente comprensible, sino que han dejado de considerar su obra como la de un autor clásico que todavía tiene muchas cosas que decirnos. Pues de la misma manera que es recomendable leer la *Ética a Nicómaco* o la *Retórica* de ARISTÓTELES sin que, naturalmente, ello presuponga la aceptación de la esclavitud o de la teoría de los silogismos en bloque, uno puede leer a MARX —y obtener de ello un provecho considerable— sin necesidad de pensar que el comunismo es un estadio necesario en el desarrollo de la historia, que el derecho y el Estado están destinados a extinguirse, etc. En particular, hay una serie de ideas que se encuentran en el pensamiento de MARX y que son de gran valor para la construcción de una teoría del derecho para el mundo latino en el sentido que aquí se está defendiendo. Así: el pragmatismo (la primacía de la praxis); el enfoque funcional, crítico y materialista de los fenómenos sociales; la propuesta de considerar el derecho a partir de una concepción global de la sociedad, lo que lleva a abrir los saberes jurídicos hacia las ciencias sociales; o el compromiso con un proyecto político-ético de emancipación humana en el que el derecho no tendría por qué verse relegado.

10.2.

Sin embargo, los iusfilósofos que vienen de esa tradición siguen, por lo general, manteniendo dos tesis que dificultan o hacen imposible que el derecho de los Estados constitucionales pueda jugar ese papel emancipatorio. Reconocer esta función, por cierto, no implica una idealización de los sistemas jurídicos (incluidos los del Estado constitucional). El derecho contemporáneo (el de los Estados constitucionales) es, des-

de el punto de vista político-moral, un fenómeno esencialmente ambiguo, necesariamente vinculado con todos los procesos tanto de dominación como de emancipación social. De ahí lo inadecuado de sostener la tradicional tesis marxista consistente en ver el derecho como un elemento meramente superestructural y al que se atribuye una relevancia más bien escasa en el conjunto de la sociedad. Tesis, por lo demás, que resulta agravada al haber calado ampliamente entre los científicos sociales y los filósofos, los cuales (al menos en el ámbito de nuestra cultura) creen poder explicar los fenómenos sociales (o incidir significativamente en los mismos) ignorándolo prácticamente todo sobre uno de sus componentes esenciales.

La otra tesis es la del escepticismo en materia de ética, la imposibilidad de construir un discurso objetivo sobre lo correcto y lo incorrecto. En esto, los autores de inspiración marxista (los «críticos») vienen a coincidir ampliamente con los positivistas, pero mientras que para estos últimos el no-cognoscitismo en materia de moral no tendría por qué afectar en principio a su concepción del derecho (que suele tener, por lo general, pretensiones tan solo de tipo cognoscitivo o descriptivo), en el caso de los autores «críticos» (o de los positivistas que defienden una implantación política de la iusfilosofía —como es el caso de FERRAJOLI—) las consecuencias son más bien letales pues, simplemente, no parece que una pretensión de guiar la práctica, de hacer avanzar un programa de emancipación social, sea compatible con la falta de criterios moralmente justificados para criticar un tipo de práctica y proponer otra en su lugar.

A veces, autores de inspiración marxista (estoy pensando también aquí en CAPELLA o en FERRAJOLI) parecen pensar que la dificultad que se acaba de señalar puede superarse apelando a algún tipo de convención que el desarrollo histórico de las sociedades habría hecho surgir. Pero la debilidad de esa concepción de la justicia (quizás heredera del historicismo y el no-cognoscitismo del propio MARX en esta materia) me parece manifiesta. Si el único fundamento al que podemos apelar es la convención misma, ¿cómo se puede defender que un programa que pretende instaurar una sociedad —pongamos por caso— erigida sobre los principios de igualdad y solidaridad es superior a la hoy dominante que viene a ser la materialización de los principios del neoliberalismo? ¿Acaso la concepción neoliberal no se basa también en una convención ampliamente aceptada en muchos sectores de nuestras sociedades?

10.3.

Los autores «críticos» (en un sentido amplio que incluye tanto a los de inspiración marxista como a realistas radicales —como HABA—) han estado ocupados con excesiva frecuencia más en ser críticos que en desarrollar una teoría del derecho que pudiera servir realmente para transformar el derecho y la sociedad. Han incurrido así en lo que en alguna ocasión he denominado «el dilema del crítico». Se trata de lo siguiente (ATIENZA, 1996). Los juristas críticos (y, muy en particular, los del movimiento *Critical Legal Studies*) se caracterizan por sostener tres tesis que se dirigen, respectivamente, contra el esencialismo, el formalismo y el liberalismo; esas tres tesis son las del carácter contradictorio, indeterminado e ideológico del derecho. Pues bien, si las mismas se entienden en un sentido fuerte o radical, el problema que se plantea es que el crítico se

niega a sí mismo, pues si el derecho fuera absolutamente contradictorio, indeterminado e ideológico, entonces sería imposible —o inútil— cualquier tipo de teoría jurídica, incluida la suya; dicho de otra manera, la versión fuerte es insostenible. Pero si las tesis se entendieran en un sentido débil, entonces el crítico entra en crisis de identidad pues, obviamente, no hace falta ser un «crítico» para sostener eso.

Pues bien, la manera de salir del dilema radica, por un lado, en despreocuparse un tanto de esos afanes de radicalidad y poner en su lugar una mayor dosis de pragmatismo político y de sentido de la responsabilidad (en relación con el primer cuerno del dilema); y, por otro lado (para escapar del segundo cuerno), en aceptar fragmentos más o menos extensos de teorías que bien podrían haberse elaborado dentro del paradigma liberal y/o analítico. Un buen ejemplo de lo que quiero decir lo suministra la temática de los derechos humanos; en particular, de los derechos sociales. Lo que ahora tenemos son teorías demasiado escoradas hacia el lado del liberalismo político (aunque se trate de un liberalismo progresista, como el de DWORKIN o NINO) y que, en consecuencia, no consiguen dar cuenta adecuadamente de los derechos sociales. Pero para lograr esto último no es preciso prescindir, por ejemplo, de los tres principios elaborados por NINO para la justificación de los derechos humanos (autonomía, inviolabilidad y dignidad). Bastaría con reinterpretarlos o, quizás mejor, con añadir otros tres principios procedentes de la tradición socialista (el principio de las necesidades básicas, de cooperación y de solidaridad) para dar paso así a una teoría sobre el concepto y la fundamentación de los derechos humanos más acorde con la noción de Estado constitucional con la que, seguramente, muchos iusfilósofos del mundo latino están comprometidos.

3.

Por qué todo lo anterior se conecta con una visión argumentativa del derecho no es, en mi opinión, difícil de explicar. El derecho no es, por supuesto, únicamente argumentación, pero la dimensión argumentativa del derecho es particularmente relevante en el contexto del Estado constitucional. Ese enfoque permite conectar de una manera que me atrevo a calificar de «natural» la teoría con la práctica: permite volver operativas para los juristas muchas de las construcciones doctrinales elaboradas en el marco de la teoría del derecho (la teoría de las fuentes, de los enunciados jurídicos, de la validez, de la interpretación). Conecta a la filosofía del derecho con la filosofía general (teoría general de la argumentación, filosofía moral y política) y con los saberes sociales (psicología cognitiva, teoría de la decisión, sociología jurídica). Y lleva, en definitiva, a tener que servirse del método analítico para, sobre la base de cierto objetivismo moral (sin el cual no cabría hablar propiamente de criterios de corrección ni de argumentación jurídica justificativa), facilitar la toma de decisiones encaminadas a mejorar el derecho y la sociedad. Además, hablando en términos generales, en el mundo latino carecemos de una sólida cultura argumentativa, de manera que contribuir a desarrollar ese enfoque entre los juristas puede tener un cierto efecto de irradiación hacia otras instituciones sociales, lo que sería, sin duda, de un gran valor: la capacidad argumentativa de los ciudadanos es una condición necesaria para poder calificar a una sociedad de democrática.

BIBLIOGRAFÍA

- ATIENZA, M., 1996: *Prólogo* a Juan Antonio PÉREZ LLEDÓ, «El Movimiento», *Critical Legal Studies*, Madrid: Tecnos.
- 2008: «¿Es el positivismo jurídico una teoría aceptable del Derecho?», en *Ideas para una filosofía del Derecho. Una propuesta para el mundo latino*, Lima: Universidad Inca Garcilaso; el trabajo reproduce su intervención en el debate sobre «El futuro del positivismo jurídico», que tuvo lugar en el XXIII Congreso de la IVR, en Cracovia, en agosto de 2007.
- 2009a: «¿Por qué leer a Marx hoy?», en el volumen colectivo del mismo nombre, con participación de L. SALAZAR CARRIÓN y A. CÓRDOVA, México: Fontamara.
- 2009b: «Una nueva visita a la filosofía del Derecho en Argentina», en *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho*, año 7, núm. 14, 9-30.
- 2012: «Una teoría pragmática del diritto», en *Rivista di filosofia del diritto. Journal of Legal Philosophy*, 1/2012, 123-134.
- ATRIA, F., 1999: «Del derecho y el razonamiento jurídico», en *Doxa*, núm. 22.
- BOBBIO, N., 1950: *Teoria della scienza giuridica*, Torino: Giappichelli.
- 1980: *Contribución a la teoría del Derecho*, A. RUIZ MIGUEL (ed.), Valencia: Fernando Torres, 1980.
- BULYGIN, E., 1992: «Sull' interpretazione giuridica», en *Analisi e diritto*, 1992.
- CARRIÓ, G., 1986: «Principios jurídicos y positivismo jurídico», ahora en *Notas sobre derecho y lenguaje*, 3.ª ed. aumentada, Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- DASCAL, M., 2007: «Tipos de polémicas y tipos de movimientos polémicos», en R. MARAFIOTTI (ed.), *Parlamentos: Teoría de la argumentación y debate parlamentario*, Buenos Aires: Biblos.
- DWORKIN, R., 2007: «¿Deben nuestros jueces ser filósofos?», en *Estudios de Derecho*, núm. 144, Medellín, diciembre.
- 2011: *Justice for Hedgehogs*, Harvard University Press, 2011.
- FERRAJOLI, L., 2010: *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, Madrid: Trotta.
- 2011: «Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista», en *Doxa*, núm. 34; publicado también, en L. FERRAJOLI y otros, *Un debate sobre el constitucionalismo*, Madrid: Marcial Pons.
- FINNIS, J., 2012: *What is the Philosophy of Law?*, en *Rivista di filosofia del diritto. Journal of Legal Philosophy*, 1/2012, 67-77.
- GONZÁLEZ VICÉN, F., 1979: *Estudios de Filosofía del Derecho*, Universidad de La Laguna.
- GUASTINI, R., 1990: *Dalle fonti alle norme*, Torino: Giappichelli.
- 2012: «Manifiesto di una filosofía analítica del diritto», en *Rivista di filosofia del diritto. Journal of Legal Philosophy*, 1/2012, 51-65.
- PRIETO, L., 2000: «Tribunal Constitucional y positivismo jurídico», en *Doxa*, núm. 23.
- SCARPELLI, U., 1965: *Cos'è il positivismo giuridico?*, Milano: Edizioni di Comunità.

MICHEL VAN DE KERCHOVE (1944-2014)*

François Ost

Université Saint Louis (Bruselas)

En este momento, mis primeros pensamientos se dirigen a los estudiantes de la Universidad de Saint Louis, y en particular a los nuevos estudiantes, para quienes la vida universitaria comienza aquí y ahora y que, en este momento inaugural, afrontan un gesto de duelo y la evocación de un difunto. Querría decirles a ellos que este ejercicio nada tiene de morboso ni de convencional. Que el profesor, el antiguo rector cuya memoria evocamos, Michel VAN DE KERCHOVE, fallecido inopinadamente el pasado 23 de julio a la edad de setenta años, fue un hombre fuera de lo común, un hombre con quien nosotros hemos tenido la suerte de trabajar, al tiempo que ustedes, los jóvenes estudiantes, tienen la suerte de entrar en una Universidad cuyos rasgos él configuró ampliamente.

En su día, el rector Pierre JADOUX tuvo la ocasión de trazar la trayectoria académica, científica y política de Michel VAN DE KERCHOVE durante la misa fúnebre. No voy a reproducir hoy ese ejercicio; más bien desearía evocar algunos rasgos de la personalidad de un hombre que, tras haber hecho toda su carrera en la Universidad, permaneció extremadamente activo y presente entre nosotros, incluso tras sus años de profesor emérito, al punto de que la noticia de su fallecimiento, en pleno corazón del verano, se ha dejado sentir en cada uno de nosotros como un embate terrible y totalmente inesperado. Un hombre que permanecerá hasta el final elegante, benevolente, curioso por todo, atento a los intereses de cada cual, investigador y profesor hasta el tuétano.

Exit qui seminet... «El sembrador salió a sembrar». La imagen del sembrador es la primera que viene al espíritu. Y por otra parte, el misal compuesto por sus más cercanos contenía esta frase: «El árbol que tú has plantado, de ahora en adelante dará flores y frutos innumerables». Michel, con audacia, trazó surcos profundos y, con generosidad, sembró —celebrems pues que tendremos tiempo bastante para recoger las flores y los frutos que han germinado y que mañana crecerán de nuevo—.

Estas semillas eran ante todo y sobre todo las de las palabras. Michel fue un artista del lenguaje y sabía que en las ciencias humanas y sociales nuestro único tesoro es la lengua. También amaba las palabras; las elegía con rigor, las combinaba con talento y jugaba con ellas con humor. Explotaba su etimología, sacaba provecho de sus traducciones, rastreaba su ambivalencia, afinaba su significado; este gran jurista fue así testi-

* Discurso en la misa de homenaje a Michel VAN DE KERCHOVE oficiada en la Catedral de los Santos Miguel y Gúdulo el día 15 de septiembre de 2014.

monio de que la justicia comienza por la búsqueda de la palabra justa. Lejos de caer en el preciosismo, esta preocupación por la lengua, nos enseñaba él, era como la escuela del pensamiento, su disciplina y también su placer. Y luego, renunciando a las palabras vanas y pondérandolas en su justo peso, nos enseñó algo mejor que el rigor: la exacta estima de sí, alejada tanto de la vanidad como de la falsa modestia.

Como todo verdadero científico, Michel estaba animado por una curiosidad siempre alerta; raras eran las cuestiones jurídicas que no retuvieran su interés, y tan pronto como se decidía a afrontarlas, descubría el ángulo original que le permitía abordarlas bajo una luz nueva. Con la audacia tranquila de los que piensan por sí mismos, trazaba pistas fecundas que otros siguieron agradecidos. Una vez que él había penetrado su objeto de estudio, su naturaleza y lo que estaba en juego, no había quien lo igualara a la hora de describirlo y explicarlo en todos sus detalles y con gran claridad, defendiendo entonces sus posiciones con firmeza e incluso tenacidad. Nunca dejaría de volver sobre temas que otros redescubrirían tras decenios y hasta el final aceptará participar en coloquios, seminarios y tribunales de tesis, así como a releer, con mucha benevolencia, los primeros trabajos de los más jóvenes. Todo ello explica la amplitud de su bibliografía personal que, al detenerse el contador, cuenta con más de trescientos títulos.

Como sembrador que era, Michel tenía la paciencia del tiempo. Sabía que nada bueno resulta de la precipitación y que las cosas buenas deben madurar [*mûrir*] —y hoy incluso morir [*mourir*]— para dar fruto. Si no cesó de renovar sus objetos de estudio, a cambio nunca dejó de mantener grandes opciones de investigación que él había elegido desde el origen de sus trabajos —para empezar por la convicción de que es el diálogo de las disciplinas el que permite entrever mejor las cosas—. Para él, que dirigió una universidad, animó un gran equipo de investigación, fundó una familia y cultivó amistades muy numerosas, esta paciencia del tiempo se llamaba también obstinación en la acción, constancia en la investigación, fidelidad en el amor y la amistad.

En el fondo, Michel era un hombre de equilibrio y de moderación. No era por prudencia o por cálculo que él prefiriera mantenerse en posiciones intermedias que no entraran en conflicto o no comprometieran; muy al contrario, esta búsqueda del equilibrio —tan emblemática por lo demás de la posición del jurista que sigue buscando ajustar la balanza de la justicia, resultaba de su horror hacia las posiciones dogmáticas y las posturas integristas—. De tal manera que la síntesis que él buscaba, resultaba de un pensamiento muy rigurosamente dialéctico y de una acción siempre concertada y mesurada, que ambicionaba mantenerse lo más cerca de las fuerzas vivas en acción, de los conflictos de interés y de las luchas ideológicas. Nada pues de irénico en este «justo medio»; tan sólo la permanente puesta en cuestión de las certezas convenidas como privilegios de una situación. A lo que también añadido aquí la consciencia aguda que tanto le aproximó a Jean CARBONNIER, a que el derecho no lo puede todo y que, en su conjunto, la sociedad tiene tanta necesidad de derecho como de no-derecho, de orden y de desorden. ¿Acaso no escribió «*Le droit sans peine*»? —escrito queda en el título de una de sus obras principales y hacía falta atreverse—.

El sembrador era también un hombre de equipo. Si bien tomaba de buen grado iniciativas y asumía las responsabilidades, lo que le gustaba por encima de todo era conducir a sus colegas por nuevos caminos de investigación, empujando a cada cual al máximo de sus posibilidades. Lanzó temas, ideas, hipótesis y lo hizo sin acaparar

jamás el mérito en exclusiva, le gustaba verlos florecer o discutir en otras plumas. Si fue asimismo hombre de poder, no dudó en delegar; de la misma manera que, tras diez años, había sabido crearse una original posición de jubilación oficial (pocos saben que se benefició de una prejubilación desde 2004) combinada con una presencia muy activa en las instancias de investigación. Así hizo lugar para los más jóvenes al tiempo que todos seguían beneficiándose de su experiencia y su creatividad.

Michel VAN DE KERCHOVE fue también un hombre de convicciones. Sin duda, permaneció discreto en este aspecto, del mismo modo que el desapego que suscitaban la finura de su pensamiento y la ironía benevolente que impregnaba su conversación no permitían captar de inmediato aquellos compromisos que eran los suyos. Con todo, eran reales y se medían por su duración más que por su proclamación complaciente; también tomábamos consciencia de sus convicciones al comprender los sacrificios que Michel consintió para mantenerse fiel a ellas: ¿Cuántas carreras se podrían haber hecho de ellas, más rentables o más honoríficas aún, si él lo hubiera querido?

Desearía decir, en fin, puesto que es una celebración religiosa la que aquí nos reúne, que Michel fue también, a su modo, un hombre de fe. «A su manera», pues quienes le conocían bien sabían que la complejidad y la dialéctica habían presidido también su educación religiosa: su madre era protestante, su padre, católico. De la una heredó el individualismo y el sentido crítico, del otro la inscripción en una institución, la confianza en el orden de la salvación. Me atrevo a decir que Michel habrá obtenido lo mejor de sus dos venerables tradiciones. De la una, aprendió a sembrar en la alegría, de la otra adquirió el coraje de recortar y renunciar sin complacencia.

Henos pues aquí ante el hombre que nos muestra el camino: un hombre plenamente vivo porque se sabe débil y vulnerable; un hombre comprometido, porque está plenamente expuesto al gran viento de la duda, del misterio y de la fe.

(Traducción de Alfonso García Figueroa)

¿IMPERIALISMO DE LA ARGUMENTACIÓN? COMENTARIOS AL *CURSO* *DE ARGUMENTACIÓN JURÍDICA* DE MANUEL ATIENZA

Mauro Barberis

Universidad de Trieste, Dep. IUSLIT

RESUMEN. El reciente *Curso de argumentación jurídica*, de Manuel ATIENZA, además de un manual de gran utilidad, es una poderosa reivindicación del espacio de la argumentación en la práctica y en la teoría del derecho. Esta reivindicación, no obstante, plantea el problema, no tematizado por el autor, de los límites conceptuales entre la argumentación y la interpretación: éste es el principal problema, si no el único, abordado en este trabajo. Comienzo examinando las relaciones entre los dos conceptos en el *Curso*; luego, redefino los límites entre éstos en términos más próximos al sentido ordinario de «interpretación» y «argumentación»; finalmente, critico lo que denomino el imperialismo de la argumentación de ATIENZA, reformulando la objeción de imperialismo de la moral ya planteada por otros y por mí.

Palabras clave: argumentación, interpretación, razonamiento jurídico, derecho, moral.

Imperialism of Argumentation? Remarks on Manuel Atienza's *Curso de argumentación jurídica*

ABSTRACT. The recent textbook of Manuel ATIENZA *Curso de argumentación jurídica* (2013) provides a powerful vindication of the space of argumentation both in practice and in theory of law. Such a vindication, however, raises the problem, not thematised by the Author, of the conceptual boundaries between interpretation and argumentation: in fact, the main, maybe the only question addressed to by this paper. I begin by examining the relationship between the concepts of interpretation and argumentation in the textbook; then, I define their boundaries in terms closer to ordinary language's senses; finally, I criticize what I call ATIENZA'S imperialism of argumentation, an attitude analogous to imperialism of morals yet criticized by others and by me.

Keywords: argumentation, interpretation, legal reasoning, law, morals.

* Fecha de recepción: 14 de abril de 2014. Fecha de aceptación: 2 de julio de 2014.

«Una metodología epistémica que haga coincidir la búsqueda del conocimiento con la del poder [...] degrada innecesariamente el valor del conocimiento».

(A. SEN)

El reciente *Curso de argumentación jurídica*, de Manuel ATIENZA, además de un manual de gran utilidad, es una poderosa reivindicación del espacio de la argumentación en la práctica y en la teoría del derecho¹. Esta reivindicación, no obstante, plantea el problema, no tematizado por el autor, de los límites conceptuales entre la argumentación y la interpretación: éste es el principal problema, si no el único, abordado en este trabajo. Comienzo examinando las relaciones entre los dos conceptos en el *Curso*; luego, redefino los límites entre éstos en términos más próximos al sentido ordinario de «interpretación» y «argumentación»; finalmente, critico lo que denomino el imperialismo de la argumentación de ATIENZA, reformulando la vieja objeción de imperialismo de la moral.

1. EL ESPACIO DE LA ARGUMENTACIÓN

En toda teoría de la interpretación, de la argumentación y del razonamiento jurídico, los ingredientes principales son, en orden de importancia, definiciones, valoraciones y proposiciones. En este sentido, la teoría construida por ATIENZA en el *Curso* se podría representar así. El autor se propone, no simplemente analizar, sino redefinir los conceptos de interpretación, argumentación y razonamiento jurídico con el fin de integrarlos en una teoría del derecho predominantemente normativa, calificada ahora por él como pospositivista, pragmática o crítica². El resultado es que el *Curso* absorbe en el concepto de argumentación no sólo a la interpretación, sino también al razonamiento jurídico.

Las preferencias teóricas de ATIENZA son obviamente legítimas, pero discutibles. En el derecho, por argumentación se entiende generalmente la actividad consistente en proporcionar argumentos a favor o en contra de una cierta atribución de significado —o sea, la argumentación de la interpretación— actividad que ciertamente no agota el razonamiento jurídico. ATIENZA, sin embargo, proporciona una redefinición latísima de argumentación o tal vez una definición estipulativa: la argumentación sería cualquier actividad discursiva relativa a un problema práctico, desde que se formula hasta que se resuelve mediante inferencias, que es además racional, en el doble sentido de instrumental a un fin pero también susceptible de valoración ética y no sólo técnica (C 109-110).

¹ ATIENZA, 2013a, en adelante, se citará como C seguido del número de página.

² ATIENZA, 2013a: 826: «Contribuir a la mejora del derecho y de las instituciones sociales [...] son, yo creo, las únicas finalidades que pueden dar sentido a la teoría del derecho; los propósitos descriptivos y explicativos tienen que estar al servicio de esos fines últimos». Estoy de acuerdo: los fines últimos de la teoría del derecho son prácticos. Pero es precisamente para conseguir esos fines prácticos que necesitamos de una teoría cognoscitiva y avalorativa, tal como en la física: si no pudiéramos confiar en el carácter cognoscitivo y avalorativo de las leyes de la mecánica, no podríamos usarlas para construir, por ejemplo.

Una definición tan general de la argumentación, me parece, termina por coincidir con la de razonamiento jurídico e incluso con la de razonamiento ético o práctico, pero sobre todo restringe indebidamente el espacio de la interpretación. De hecho, un libro de casi novecientas páginas, riquísimo en ideas, sugerencias y materiales para profundizar, todos didáctica y científicamente valiosos, termina por dedicar expresamente a la interpretación sólo un apartado de doce páginas, ubicado en el sexto capítulo titulado «¿Cómo analizar las argumentaciones?» (C 513-525). Y digo «dedica expresamente» porque luego, en realidad, el libro no hace sino hablar de interpretación: pero, aclaro, lo hace casi siempre bajo el rótulo de argumentación.

Tampoco puede decirse que esta desproporción dependa sólo de la finalidad de *promocionar* la argumentación, objetivo al que la escuela de Alicante dedica un concurrido máster internacional³. Por el contrario, ATIENZA persigue el objetivo —anticipado en *El derecho como argumentación* (2006), donde ya distinguía las concepciones o dimensiones allí llamadas (C 104) formal, material y pragmática⁴ de la argumentación— de construir una teoría del derecho como argumentación en muchos sentidos análoga a la teoría interpretativa del derecho de Ronald DWORKIN. Se trata, en ambos casos, de teorías normativas, críticas y/o pragmáticas; sólo cambia, para mejor, la denominación, que en el caso de DWORKIN era particularmente equívoca.

ATIENZA redefine «interpretación» en el sentido que Jerzy WRÓBLEWSKY denomina estricto, por oposición al sentido lato. En sentido lato, «interpretación» designa la atribución de significado a cualquier texto, claro u oscuro, lo que vuelve «obvio que argumentar implica necesariamente interpretar». En cambio, la adopción del sentido estricto —atribución de significado a un texto oscuro— convierte «los problemas interpretativos» en «un subtipo de los problemas argumentativos» (C 514). La interpretación se convierte así en una de tantas argumentaciones o inferencias jurídicas, a la cual pueden dedicarse las pocas páginas ya mencionadas, destinadas originalmente a otro libro que ATIENZA iba a escribir con Isabel LIFANTE (C 513, n. 25).

Tal vez convenga repetir que redefinir la interpretación como un subtipo de argumentación, modificando la relación tradicional entre los dos conceptos, es perfectamente lícito y ni siquiera revolucionario. Hace más de treinta años, por ejemplo, ya Aulis AARNIO, Robert ALEXI y Aleksander PECZENIK propusieron una importante redefinición del mismo tipo, formulándola no obstante en términos de razonamiento jurídico y no de argumentación⁵. Una tarea de esta magnitud, sin embargo, debería afrontar expresamente el concepto de interpretación y no deshacerse de él en pocas páginas, afirmando que «interpretación» es «una noción eminentemente polémica» (C 514), quizá en el sentido de *essentially contested*.

Llamo a este enfoque, que resume y enfatiza los extremos de la concepción de ATIENZA, imperialismo de la argumentación. Se trata de la tendencia a reducir a argumentación, no la teoría del derecho, sino el razonamiento jurídico, y sobre todo la interpretación, rebasando así los límites trazados tanto por los precursores de la teoría (Luis RECASÉNS SICHES, Theodor WIEHWEG, Chaim PERELMAN), como por los partida-

³ Cfr. ATIENZA, 2013b.

⁴ Cfr. ATIENZA, 2012.

⁵ Cfr. AARNIO, ALEXI y PECZENIK, 1987.

rios de la teoría estándar de la argumentación jurídica (WRÓBLEWSKY, AARNIO, ALEXY, PECZENIK y Neil MACCORMICK)⁶. Discutiré el imperialismo de la argumentación en la última sección, pero señalo inmediatamente que esta postura produce por lo menos cinco incongruencias.

Primera incongruencia. Ciertamente se puede elegir el sentido estricto de «interpretación», en homenaje a la vieja y equívoca máxima «*in claris non fit interpretatio*»; a su modo, también lo hace Paolo COMANDUCCI en un trabajo ya discutido en otra parte por ATIENZA, y parcialmente citado también en el *Curso*, donde el sentido de «interpretación» que WRÓBLEWSKY llama estricto fue rebautizado simplemente como *jurídico*⁷. COMANDUCCI, por otra parte, no excluía en modo alguno el sentido lato, entre otras razones porque, al hacerlo, todos los casos de interpretación serían oscuros por definición, y respecto de la interpretación así redefinida el escepticismo interpretativo se convertiría en analíticamente (y trivialmente) verdadero.

Segunda incongruencia. Sobre todo si se adopta el escepticismo interpretativo y se admite que todos los textos jurídicos pueden resultar oscuros, entonces la argumentación se convierte en un tema estratégico; es sólo con esta condición, de hecho, que se vuelve necesario justificar la atribución a un texto de uno entre sus diversos significados posibles. Históricamente, la interpretación se ha convertido en la actividad por antonomasia del jurista al menos desde que el derecho se basa en la escritura. La argumentación, sin embargo, ha sido tematizada más tarde, a partir de que el derecho fue codificado y existe la obligación de motivar las sentencias, una adquisición, esta última, aun más reciente en el *common law* que en el derecho continental⁸.

Tercera incongruencia. La obligación de motivar, hoy, se aplica a la interpretación de todos los textos, claros u oscuros, por lo que reducir la interpretación a una posibilidad que se actualiza sólo en el caso de textos oscuros ciertamente no favorece el desarrollo de una teoría de la argumentación. El adagio «*in claris non fit interpretatio*»⁹ implica también «*in claris non fit argumentatio*»; predicar claridad de un texto, de hecho, siempre ha servido para exentar de la obligación de justificar la interpretación elegida. Más en general, interpretación y argumentación son conceptos relacionados y correlativos, que conciernen a actividades estrechamente entrelazadas: ¿qué se gana, desde el punto de vista estrictamente cognoscitivo, al reducir cualquiera de ellos al otro?

Cuarta incongruencia. En el sentido latísimo que ATIENZA atribuye a «argumentación», toda interpretación es por definición argumentación: la solución de problemas prácticos extrayendo conclusiones a partir de las premisas. Si se adopta un sentido menos omnicompreensivo, en cambio, uno se da cuenta de que las relaciones entre los dos conceptos han sido siempre problemáticas. Por citar sólo un ejemplo: si *no* se considera argumentación la mera atribución a un texto de su significado supuestamente literal —como hace Giovanni TARELLO excluyendo la interpretación literal del propio elenco de los argumentos, como se menciona en el *Curso*— entonces bien puede darse

⁶ Cfr. ya en ATIENZA, 1991, y recientemente ATIENZA, 2013a: 31, donde objeta a la teoría estándar porque restringe «excesivamente su campo de estudio, en cuanto se ha centrado básicamente en las argumentaciones llevadas a cabo por los tribunales superiores y, por tanto, en los problemas de interpretación».

⁷ Cfr. C 130-135, y COMANDUCCI, 2011, comentado por ATIENZA en FERRER y RATTI, 2011: 71-79.

⁸ Cfr., al final, FREDA, 2012.

⁹ Cfr. TARELLO, 1996: 67-69.

interpretación sin argumentación: lo que resulta inconcebible, en cambio, adoptando el sentido de ATIENZA.

Quinta y última incongruencia. ¿Qué sentido tiene atribuirle a «argumentación» un significado tan amplio hasta hacerlo coextensivo de «razonamiento jurídico»? La pregunta no es retórica: en realidad, extender así el sentido de «argumentación» sirve realmente a un propósito: ciertamente no a reducir todo el derecho a argumentación —como oportunamente precisa ATIENZA varias veces— pero sí para hacer girar toda la práctica y la teoría del derecho en torno a la discusión sobre los valores. Ahora, yo también creo que la dimensión valorativa es esencial para una teoría del derecho en el Estado constitucional; ¿pero —y ésta en cambio sí es una pregunta retórica— es indispensable, para subrayarlo, extender indefinidamente el significado de «argumentación»?

2. DELIMITACIÓN DEL CAMPO DE LA ARGUMENTACIÓN

Para reconstruir de un modo más equilibrado las relaciones entre interpretación y argumentación, hago notar en primer lugar que, previamente a la distinción entre interpretación en sentido lato y en sentido estricto, *à la* WRÓBLEWSKY, hay al menos otra, tan común que es mencionada en un pasaje de Alf ROSS citado en C 517, y que es usada por el mismo ATIENZA, aunque empleando la misma denominación usada para la anterior distinción¹⁰. En ausencia de una denominación consolidada, en mis trabajos distingo también entre interpretación en sentido genérico y en sentido específico. En sentido *específico*, «interpretación» sigue indicando cualquier atribución de significado: a textos oscuros (sentido estricto), a textos claros (sentido lato) o incluso a hechos (sentido latísimo).

En sentido *genérico*, en cambio, «interpretación» indica poco menos que la actividad entera de los juristas, o, más precisamente, su actividad intelectual o racional: esto es, el razonamiento jurídico, incluyendo la argumentación de la interpretación. En suma, la actividad discursiva y/o racional de los juristas —el razonamiento jurídico— se presta a ser representada, o quizá simplemente denominada, de dos modos opuestos. O, como se usa en Génova —pero quizá no sólo allí— como interpretación en el sentido genérico, incluyendo la argumentación de la interpretación en sentido específico; o bien, como se usa en Alicante, como argumentación, en un sentido tan lato que abarca la interpretación en sentido específico.

En el análisis del lenguaje, como es sabido, los usos ordinarios son sólo la primera palabra, no la última; por otra parte, cualquier definición, si no quiere reducirse a una mera estipulación, deberá tener en cuenta los usos ordinarios de las palabras: y también, en este caso, el uso prevaleciente de «argumentación» como una parte de la interpretación en sentido genérico. Mi objetivo, por otro lado, no es por cierto defender los usos ordinarios ni, Dios nos libre, los usos genoveses contra los alicantinos, sino más bien el de trazar una distinción entre interpretación y argumentación que sea, empero,

¹⁰ Cfr. ATIENZA, 2013a: 436: «El término “interpretación” ha de entenderse aquí en sentido estricto. En un sentido más amplio, cabría decir que todos los problemas normativos son problemas de interpretación».

compatible con los usos ordinarios, pero también, y sobre todo, útil a finalidades ya sean cognoscitivas ya normativas.

Rechazando ambas tentaciones reduccionistas —la genovesa de reducir el razonamiento jurídico a interpretación, y la alicantina de reducirlo a argumentación— prefiero partir de dos significados más circunscritos de «interpretación» y de «argumentación». En cuanto a la interpretación, opto por el sentido específico de «interpretación»: la atribución de significado, en particular a textos¹¹. En cuanto a la argumentación, sin embargo, prefiero partir del sentido ordinario de «argumentación», que por otra parte —y en esto tiene razón ATIENZA— hace tiempo que no está ya limitado a la argumentación de la interpretación, sino que se extiende a todas las inferencias que no son lógico-deductivas, y por tanto podría denominarse *inferencial*¹².

En suma, entre el sentido de «argumentación» como argumentación de la interpretación, que puede llamarse *mínimo*, y aquel omnicomprensivo de ATIENZA, que puede llamarse *máximo*, hay uno intermedio, pero más próximo al máximo que al mínimo. En este tercer sentido, la argumentación comprende todos los razonamientos justificativos adicionales a la interpretación y a la deducción: los problemas de subsunción y calificación del hecho, incluyendo los temas de la aplicabilidad y de la derrotabilidad, la inferencia probatoria, inductiva o abductiva, por no hablar de toda la tópica, la retórica, la dialéctica... Un universo de temas, como se ve, apto para justificar suficientemente la ampliación del significado llevada a cabo por ATIENZA.

Siempre que «argumentación» no devenga sinónimo de «razonamiento jurídico» y absorba a la deducción y la interpretación, y mientras no permita olvidar distinciones importantes, extender generosamente el sentido del término es oportuno. El problema comienza cuando, como se hace en este trabajo, uno se pregunta dónde comienza la argumentación y dónde termina la interpretación. En el lenguaje ordinario, la delimitación entre los dos conceptos es elusiva; además, incluso después de las precisiones hechas aquí, es obvio que los sentidos (específico) de «interpretación» e (inferencial) de «argumentación» a menudo terminan por superponerse. El problema, por otra parte, sigue siendo bastante importante, aunque siempre afrontado bajo otros rútilos.

Piénsese, en primer lugar, en distinciones como las existentes entre interpretación e integración (o construcción o creación), interpretación extensiva y analogía, norma explícita y norma implícita. Considérese la discusión sobre la interpretación constitucional, viciada precisamente por la confusión entre interpretación de la constitución, no demasiado disímil de la interpretación de la ley ordinaria, y argumentación constitucional, cuyos argumentos, como ponderación, proporcionalidad, razonabilidad y similares, sí son bastante diferentes de los argumentos empleados por los jueces ordinarios. Piénsese, por último, en el mismo tema de las relaciones entre el derecho y la moral: ¿en qué punto se deja de interpretar el derecho como es, y se comienza a cambiarlo por el derecho que se querría que fuese?

¹¹ En rigor, puede hablarse de atribución de significado también a hechos (el sentido latísimo de WRÓBLEWSKI, la calificación del hecho) y a comportamientos (la interpretación de la costumbre).

¹² Aunque en el sentido del inferencialismo semántico de Robert BRANDOM y, en Italia, de Damiano CANALE y Giovanni TUZET.

Una discusión sobre muchos de estos problemas se ha celebrado hace poco en las páginas de la *Rivista di filosofia del diritto*, a propósito de un libro de Riccardo GUASTINI titulado precisamente *Interpretare e argomentare* (2011). Giorgio PINO y Enrico DICIOTTI han puesto oportunamente en duda muchas de las (presuntas) dicotomías recién mencionadas, si no la misma oposición entre creación y aplicación del derecho¹³ que pretende abarcar y justificar todas las demás. Todo esto produce un bonito dilema, ya sea cognoscitivo ya normativo: ¿defender todas las pequeñas dicotomías, palmariamente vagas, con el único propósito de defender la gran oposición; o dejar que vayan colapsando las unas y la otra¹⁴?

Aquí me gustaría sostener que se puede trazar una distinción conceptual entre interpretación y argumentación que pasa entre aquellos que TARELLO llamaba usos interpretativos y usos creativos de la argumentación, distinción que emerge también de la discusión recién señalada. En su réplica, de hecho, GUASTINI admite que entre normas expresas, fruto de la interpretación, y normas no expresas, fruto de la argumentación, los confines son lábiles: «no existe una clara distinción entre eso que un texto significa y eso que su significado implica»¹⁵ o —diría más bien— eso que de su significado se puede inferir. Sin embargo, la distinción está precisamente aquí: radica entre la atribución de significado a una disposición, y las inferencias que de tal significado se pueden extraer.

La distinción entre lo que un texto significa (interpretación) y lo que se puede inferir de él (argumentación) es fijada —en cada instante, aunque en modo cambiante entre momento y momento— a partir del uso consolidado por los juristas y, en última instancia, por los órganos de aplicación. Pongamos que el art. 48 de la Constitución italiana, «Son electores todos los ciudadanos» sea hoy comúnmente interpretado *a contrario*, en el sentido de que los *no* ciudadanos *no* son electores: bien, ésta *es*, hoy, la norma explícita, la interpretación de la disposición. Las otras interpretaciones, como la literal y la analógica (el art. 48 nada diría sobre los no ciudadanos, habría aquí una laguna colmable por analogía) producen hoy, en cambio normas no expresas y fruto de la argumentación: aunque mañana podrían convertirse en normas explícitas, producto de la interpretación.

3. ¿IMPERIALISMO DE LA ARGUMENTACIÓN?

Hay fuertes razones cognoscitivas, como se ha visto, para extender el significado de «argumentación». La ampliación del significado llevada a cabo en el *Curso*, por otra parte, está justificada sobre todo en razones normativas, lo que resumo bajo la rúbrica de imperialismo de la argumentación: la posición actual de ATIENZA, en otros términos, parece una sofisticada reformulación de una posición criticada por otros y por mí como imperialismo de la moral. Carlos NINO, actualmente el mayor punto

¹³ Cfr. GUASTINI, 2011 y 2013; DICIOTTI, 2013; PINO, 2013.

¹⁴ Defender las pequeñas dicotomías para que no vaya a colapsar la grande es la estrategia (política) declarada en VILLA, 2011: otro autor pragmatista que ha derivado explícitamente las elecciones definitivas de sus preferencias normativas, exactamente como ATIENZA.

¹⁵ Así en GUASTINI, 2013: 135.

de referencia de ATIENZA, escribía en su póstumo *Derecho, moral y política* (1994) que «el discurso moral de la modernidad tiene un carácter *imperialista* que impide la subsistencia de discursos justificativos insulares». Entonces, el derecho no justificaría acciones o decisiones a menos que sea conforme con la moral¹⁶.

A esta posición, y más en general, a la Tesis de la unidad del razonamiento práctico¹⁷, Cristina REDONDO y el suscrito reprochábamos, por razones diversas, subordinar el derecho a la moral instituyendo una triple conexión necesaria —definitoria, justificativa e interpretativa— unidireccionalmente de la moral al derecho¹⁸. La necesidad de tal conexión, especialmente en el razonamiento judicial, es dudosa: el juez está obligado a motivar las propias decisiones sobre la base del derecho, y no de la moral¹⁹. COMANDUCCI, en el trabajo ya citado y parcialmente referido en el *Curso*, sostenía que tal necesidad es meramente definatoria: depende de la definición de «razón última» como razón moral implícitamente adoptada por NINO (C 132).

Todos los participantes en la discusión desde hace veinte años hasta hoy sostienen posiciones más articuladas: y también lo hace ATIENZA. Rechazando una vez más la acusación de imperialismo de la moral, de hecho, él admite adoptar, hoy, una posición que deja mayor espacio a las razones jurídicas institucionales —las razones del derecho como institución— respecto de las razones morales. El razonamiento jurídico, para él, adopta una racionalidad del *second best*, que no persigue más la mejor solución *moral*, sino la mejor solución *jurídica* compatible con la moral²⁰. ATIENZA, en otros términos, adopta el modelo de justificación en dos niveles propuesto por NINO en *Fundamentos de derecho constitucional* (1992), cuya parte crucial, referida en el *Curso*, puede sintetizarse así:

[Frente al riesgo de una concepción del razonamiento jurídico justificativo que, al basarse en la moral, convierta en superflua la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico] [...] creo que la solución está dada por un tipo de razonamiento *escalonado en dos niveles*: a) En el nivel primero y más básico se deben articular las razones que legitiman o no la práctica social constituida por la presente Constitución [...]. Pero en este primer nivel del razonamiento práctico se deben tener en cuenta cuáles son las alternativas realistas a la preservación de la presente Constitución. Es posible que, si bien ella esté bastante distante del punto óptimo de legitimidad, [...] cualquier alternativa realista esté todavía más alejada [...]. b) Si el resultado del razonamiento del primer nivel es favorable a la legitimidad, aún imperfecta, de la presente Constitución, es posible pasar al segundo nivel, en que se trata de aplicar esa Constitución para justificar acciones o decisiones (C 359).

Ante la decisión de un caso, entonces, el juez debe preguntarse, primero, si la constitución vigente es moralmente legítima aunque existan alternativas realistas a ella; y dado que casi siempre tales alternativas son aleatorias, habitualmente el juez deci-

¹⁶ NINO, 1999: 67.

¹⁷ Cfr. al final DWORKIN, 2013. En el debate metaético actual, esta posición se denomina monismo, por oposición al pluralismo de los valores, pero creo que puede reinterpretarse caritativamente como una suerte de principio de indivisibilidad de todos los valores, un poco como en el Preámbulo de la Carta de Niza (2000): los valores se tienen en cuenta en su totalidad, no separadamente.

¹⁸ Cfr. REDONDO, 1998: esp. 365, y desde el título BARBERIS, 2003.

¹⁹ Cfr. NAVARRO y REDONDO, 1994: 77.

²⁰ Cfr. ATIENZA, 2013a: 357, donde, refiriéndose a NINO, observa que «la moral no juega, por ello, un papel “imperialista”, puesto que no puede imponer siempre lo que sería, en abstracto, la mejor solución (NINO) habla, por tanto, de la racionalidad jurídica como “de una racionalidad de lo segundo mejor”».

dirá el caso sobre la base del derecho fundado en la misma constitución: las razones institucionales, así, normalmente terminan por prevalecer sobre las razones morales. La moral sigue siendo interpelada primero, pero el juez, en ausencia de alternativas, decide casi siempre sobre la base del derecho. Surge en efecto la pregunta de si alguna vez podría negarse a hacerlo así, porque está atezado entre la acusación de denegación de justicia y la dimisión a la magistratura²¹; no obstante, como veíamos hace un momento, hay una alternativa: se llama interpretación.

El modelo de dos niveles que ATIENZA retoma de NINO es menos vulnerable a la acusación de imperialismo de la moral que las posiciones precedentes: el papel que allí juega la moral, en efecto, es máximo en teoría, pero mínimo en la práctica. De hecho, la moral juega quizá un papel mayor en la teoría de la argumentación de Jürgen HABERMAS, apoyada en la Tesis de la complementariedad entre el derecho y la moral: Tesis que se sustrae a la acusación de imperialismo de la moral, no obstante, precisamente porque no subordina en modo alguno el derecho a la moral, sino que les asigna funciones diferentes, autónomas y complementarias²². La teoría de NINO-ATIENZA es sin embargo todavía pasible de otra crítica, no más en términos de imperialismo de la moral sino de imperialismo de la argumentación.

El modelo de NINO-ATIENZA sigue sujeto a la objeción de imperialismo de la moral porque continúa subordinando el derecho a la moral: como si una solución moral, dictada por una moral positiva o una crítica, fuese siempre, por definición, mejor que una solución jurídica, lo que podría ser cuestionado al menos por los positivistas éticos o normativos. El modelo de NINO-ATIENZA, además, se expone a la objeción de imperialismo de la argumentación: ciertamente, sea de hecho o de derecho, privilegia la argumentación (moral) respecto de la interpretación (jurídica). ¿Pero, de hecho, el juez se preguntará realmente si hay alternativas realistas a la constitución vigente, como querrían NINO y ATIENZA, o más bien tratará de reinterpretar la constitución o disposición injustas? ¿Y, jurídicamente, qué otra cosa podría hacer?

Quizá, el modelo de justificación en dos niveles, pionero en la teoría del razonamiento jurídico²³, podría reformularse de un modo más respetuoso de la distinción entre reglas y principios, aceptada también por ATIENZA, y de la distinción entre interpretación y argumentación esbozada aquí. El *primer* nivel se ocuparía de los *principios* constitucionales, como formulaciones jurídicas de valores morales o más en general éticos; en el Estado constitucional, en efecto, cualesquiera que sean el tipo de rigidez de la constitución y los sistemas de control de legitimidad constitucional adoptados, la primera pregunta que el aplicador se plantea o debería plantearse es precisamente

²¹ Es probable que aquí NINO pensase en casos del tipo del derecho nazi, y no en el caso estándar de la aplicación del derecho en el Estado constitucional. En cualquier caso, si se acepta la crítica del fundacionalismo conocida como el argumento del Trilema de Münchhausen, propuesta por Hans ALBERT, parece problemático hablar de una legitimidad política o moral del sistema jurídico como un todo, distinta de la legitimidad constitucional: *cfr.* BARBERIS, 2014: 165-171.

²² *Cfr.* HABERMAS, 1996: 130: «Il diritto positivo porta sempre dentro di sé un incancellabile riferimento alla morale. Ma questo riferimento alla morale non deve indurci a subordinare il diritto alla morale nel senso di una gerarchia tra norme [...] Piuttosto, la morale autonoma da un lato e il diritto positivo (sempre bisognoso di fondazione) dall'altro si collocano in un rapporto di complementarità».

²³ El modelo de justificación en dos niveles se remonta al menos al *rule o restricted utilitarianism*, y por tanto al razonamiento moral, pero ha sido aplicado al razonamiento judicial al menos desde WASSERSTROM, 1961.

ésta: ¿la disposición a aplicar es conforme con la constitución, en una u otra de sus interpretaciones posibles?

El *segundo* nivel justificativo, por otra parte, se ocuparía de las *reglas*, aplicables sobre la base de las decisiones hechas en el primer nivel, interpretando, aplicando o integrando las disposiciones relevantes. Esquemáticamente, en el primer nivel, se argumenta más que interpreta, y en el segundo, se interpreta más que argumenta; entre los dos niveles, un papel decisivo es jugado por la así llamada interpretación conforme: argumento de la interpretación constitucional que puede asumir funciones tanto interpretativas como creativas. Pero la crítica moral del derecho sigue cumpliendo una función, con base en la Tesis de la complementariedad: aunque en el Estado constitucional, ciertamente, no todos los valores morales devengan internos al ordenamiento.

En el *Dialogo* que concluye el *Curso* el mismo ATIENZA califica la relación derecho-moral en términos no más de medio a fin, sino de parte respecto del todo²⁴; lejos de ser sólo una técnica al servicio de la moral, el derecho podría considerarse en sí mismo un valor: interpretación y argumentación, reglas jurídicas y principios constitucionales tendrían entonces funciones complementarias e indivisibles. En la página final del *Curso*, en efecto, ATIENZA escribe que: «El Derecho no son sólo actos intencionales y los resultados buscados con esos actos, sino una institución de la cual forman parte elementos que nunca han sido queridos por nadie, que están por encima de las conciencias individuales» (C 831). Concuero plenamente²⁵.

(Traducción de Alejandro González Piña)

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AARNIO, A.; ALEXU, R., y PECZENIK, A., 1987: «I fondamenti del ragionamento giuridico», en P. COMANDUCCI y R. GUASTINI (a cura di), *L'analisi del ragionamento giuridico*, Torino: Giappichelli, 1987, 121-187, trad. it. parcial de R. GUASTINI *id.*, «The Foundation of Legal Reasoning», en *Rechtstheorie*, 12, 1981, 133-158, 257-279, 423-448.
- ATIENZA, M., 1991: *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- 2012: *Diritto come argomentazione. Concezioni dell'argomentazione*, trad. it. de V. NITRATO IZZO, Napoli: Editoriale scientifica, *El derecho como argumentación. Concepciones de la argumentación*, Barcelona: Ariel, 2006.
- 2013a: *Curso de argumentación jurídica*, Madrid: Trotta.
- 2013b: «Constitución y enseñanza de la argumentación jurídica», prólogo de P. GRÁNDEZ y F. MORALES (eds.), *La argumentación jurídica en el Estado constitucional*, Lima: Palestra, 15-18.
- BARBERIS, M., 2003: «Neoconstitucionalismo, democracia y imperialismo de la moral», en M. CARBONELL (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid: Trotta, 259-281, trad. cast. de S. SASTRE, «Neo-costituzionalismo, democrazia e imperialismo della morale», en *Ragion pratica*, 14, 2000, 147-162.

²⁴ Literalmente: «En fin, además de la relación medio-fin, creo que habría que considerar la relación parte-todo para dar adecuadamente cuenta del valor del derecho» (ATIENZA, 2013a: 831).

²⁵ *Cfr.* BARBERIS, 2013.

- 2013: «Los derechos humanos como adquisición evolutiva», en *Doxa*, 36, 25-40.
- 2014: *Introduzione allo studio del diritto*, Torino: Giappichelli.
- COMANDUCCI, P., 2011: «Sobre la interpretación jurídica», en J. FERRER BELTRÁN y G. B. RATTI (eds.), *El realismo jurídico genovés*, Madrid: Marcial Pons, 51-70.
- DWORKIN, R., 2013: *Giustizia per i ricci*, Milano: Feltrinelli, trad. it. de V. OTTONELLI, *Justice for Hedgehogs*, Cambridge (Mass.): Harvard U. P., 2011.
- DICIOTTI, E., 2013: «Norme espresse e norme inesprese. Sulla teoria dell'interpretazione di Riccardo Guastini», en *Rivista di filosofia del diritto*, 103-123.
- FREDA, D., 2012: «Una dispotica creazione». *Il precedente vincolante nella cultura giuridica inglese dell'Ottocento*, Torino: Giappichelli.
- GUASTINI, R., 2011: *Interpretare e argomentare*, Milano: Giuffrè.
- 2013: «Replica», en *Rivista di filosofia del diritto*, 1, 125-136.
- HABERMAS, J., 1996: *Fatti e norme*, Milano: Guerini, trad. it. de L. CEPPEA, *Faktizität und Geltung*, Frankfurt: Suhrkamp, 1992.
- NAVARRO, P., y REDONDO, C., 1994: *Normas y actitudes normativas*, México: Fontamara.
- NINO, C. S., 1999: *Diritto come morale applicata*, Milano: Giuffrè, trad. it. di M. LA TORRE, *Diritto, moral y política*, Barcelona: Ariel, 1994.
- PINO, G., 2013: «Interpretazione cognitiva, interpretazione decisoria, interpretazione creativa», en *Rivista di filosofia del diritto*, 1, 77-101.
- REDONDO, C., 1988: «El carácter práctico de los deberes jurídicos», en *Doxa*, 21, 1998, vol. 2, 355-370.
- TARELLO, G., 1976: *Storia della cultura giuridica moderna*, vol. 1: *Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna: Il Mulino.
- VILLA, V., 2011: *Una teoria pragmaticamente orientata dell'interpretazione giuridica*, Torino: Giappichelli.
- WASSERSTROM, R. A., 1961: *The Judicial Decision: toward a Theory of Legal Justification*, Stanford (Cal.): Stanford U. P.

A REVUELTAS CON LA *STORYTELLING* LLAMADA «PONDERACIÓN», Y TAMBIÉN PREGUNTANDO SOBRE «LÍMITES» DEL DERECHO

Enrique P. Haba

Universidad de Costa Rica

RESUMEN. En ese debate, ambos contendores cultivan ciertas respectivas «novelas de conceptos», con base especialmente en puntos de vista tributarios de visiones *ius-esencialistas*: un esencialismo jurídico «razonabilista» frente a un esencialismo legalista. Así se conservan intactas también las enormes penumbras de vaguedades de ciertos conceptos fundamentales a que respectivamente recurre cada uno de aquéllos. Entonces quedan fuera de foco preguntas cruciales, señaladamente aquéllas del todo básicas que permitan examinar las cuestiones jurídicas en planos que se fijan sobre todo en la *practicidad* social real de las fórmulas discursivas utilizadas. Con ello el pensamiento se aleja de encarar esas cuestiones en términos capaces de someterlas a exigencias metodológicas —precisión intersubjetiva en el manejo de esos conceptos, aquilatación de facticidades sociales— aptas para resolver de la manera más adecuada posible, ¡en la práctica!, los conflictos que llegan a los tribunales. Especialmente se examinan esas cuestiones a propósito de ciertas postulaciones (esencialistas) en cuanto a unos supuestos «límites» netos del derecho y atribuyéndole a éste la condición (imaginaria) de constituir un *sistema* propiamente dicho. Por último, a tales modelos idealistas de discurso jurídico es contrapuesto aquí un posible modelo *realista* para los razonamientos judiciales, dirección de pensamiento orientada a poder sacar el máximo provecho de los conocimientos pertinentes suministrados por las ciencias sociales.

Palabras clave: ponderación, naturalismo lingüístico, «límites» del derecho, significados «posibles», esencialismo jurídico, realismo jurídico.

Around and around the storytelling called «ponderación», and also asking about the «boundaries» of Law

ABSTRACT. This paper is a critical commentary on a discussion about the judicial balancing of principles. There, both contenders have raised points of view based on some «novels of concepts», specifically two *essentialist* conceptions of the judicial discourse: a «rationalistic» law-essentialism vs. a legalistic essentialism. In this way, such approaches also maintain large penumbras of vagueness regarding certain fundamental concepts used by these scholars. Both lines of thinking avoid approaching law matters in a manner that would subject them to more accurate methodological requirements, *i. e.* through intersubjective specifications regarding those concepts and paying attention to the true social effects of judges' interpretative choices. Thereby, the very crucial questions remain generally out of focus: notably, the basic alternative issues that would make it possible to assess legal questions through more transparent modes of juridical reasoning, which will mainly highlight the real social *effectiveness* of the discursive formulas employed for juridical

* Fecha de recepción: 1 de julio de 2014. Fecha de aceptación: 22 de septiembre de 2014.

purposes. Especially examined, are certain essentialist postulations which allege that law itself has net «limits» and confer lawyer's thinking the imaginary condition that it is properly a *system*. Lastly, such idealist approaches are here countered by a possible *realist* model for legal reasoning, which is apt to take best advantage of *empirical* knowledge provided by the social sciences.

Keywords: judicial balancing, word naturalism, «boundaries» of law, «possible» meaning, legal essentialism, legal realism.

*Those are my principles, and if you don't like them...
well, I have others.*

Groucho MARX

Querido Juan Antonio¹:

He leído íntegramente, y con toda atención (creo), el librito que tuviste la gentileza de mandarme: este debate, entre tú y Manolo, sobre eso que se denomina «ponderación» jurídica². Me complace sobremanera ver que los aspectos tratados se encaran ahí con mucha riqueza de argumentos, por ambas partes; asimismo, lo cual es no menos recomendable, aprecio que cada uno no omite indicar, mediante oportunas citas y referencias precisas, a qué puntos específicos de lo señalado por el otro va aludiendo (a diferencia, pues, de lo acontecido en nuestro reciente debate sobre la argumentación jurídica)³. No puedo sino felicitarles por haber llevado adelante con tanta seriedad académica, y con tanto talento, esta discusión.

En efecto, he hallado múltiples motivos de interés en estos textos. Te ofrezco unas cuantas observaciones al respecto, para lo cual iré «espigando» por aquí y allá en lo puesto sobre el tapete ahí. Me concentraré en los aspectos siguientes:

1. Punto de partida («*The Purple Rose of...*»).
2. Preguntas cruciales soslayadas.
3. Palabras y «hechos» (y el asunto de las «pruebas»).
4. Indiferencia de hecho, para el razonamiento jurídico profesional, de la controversia cognitivismo/no-cognitivismo axiológicos. Dos «posturas» doctrinarias que, a fin de cuentas, están bastante «cerca» entre sí.
5. Disputa entre recomendaciones; recurso a unas distinciones inocuas. Fórmulas de falsa precisión. ¿Cuáles son los significados jurídicos «posibles»?
6. ¿Cómo conocer los «límites» del «derecho» positivo? [i]: dos maneras enfrentadas, pero idealistas ambas (*storytelling*), de concebirlos; y la metáfora de entender el derecho como una «empresa» (relativo acierto, pero también proclividad al misticismo, mediante esa imagen).
7. El derecho como «empresa». Las interpretaciones de los juristas constituyen «apuestas» por hacer aceptar unos sentidos como necesariamente jurídicos.
8. ¿Cómo conocer los «límites» del «derecho» positivo? [ii]: naturalismo lingüístico y, con base en éste, la presuposición de que hay un «sistema» jurídico (...confiando en poder localizar esta otra cuadratura-del-círculo).

¹ El presente comentario recoge (con cambios menores: incorpora los subtítulos y las notas subpaginales, también me consiento «pulir» detalles de redacción y ampliar un poco algunas explicaciones) el texto de mi *Comentario para J. A. García Amado* (12 de diciembre de 2012), enviado como correspondencia a él mismo.

² M. ATIENZA RODRÍGUEZ y J. A. GARCÍA AMADO, *Un debate sobre la ponderación*, Lima-Bogotá, Palestra-Temis (col. Pensamiento Jurídico Contemporáneo, núm. 11), 2012, 138 pp.

³ Me estoy tomando la libertad de aludir a la circunstancia de que, en dicha ocasión, ninguno de mis críticos consideró del caso indicar referencia específica alguna a pasajes concretos de mis propios escritos, para sustentar las objeciones que me fueron formuladas allí por parte de ellos [ese debate fue publicado en: *Doxa*, 33 (2010), 319-450; complementariamente, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho* (www.rfd.es), RTFD, núm. 14 (2011), 239-316. Los materiales de ambas publicaciones, precedidos de una introducción por M. ATIENZA y complementados por un estudio final de R. CARRIÓN WAM, se recogen en un libro que, con el mismo título de la discusión original, *Debate sobre las teorías de la argumentación jurídica*, está programado para publicarse (2014) en el sello editorial Palestra-Temis, Lima-Bogotá].

9. Fundamentales faltas de distinción entre los planos de enfoque. La impronta esencialista.

10. ¿Cómo conocer los «límites» del «derecho» positivo? [iii]: aproximación realista ante esa cuestión.

11. A modo de conclusión: presencia de unos elementos de realismo, pero secundarios y de configuración imprecisa, en medio de la pseudo-objetividad disimuladora en que consisten las sibilinas fórmulas llamadas «ponderación».

Tomaré así vuestros puntos de vista como pretexto para llamar la atención acerca de unas puntualizaciones de fondo *básicas*, las cuales no suelen aparecer sobre el tapete —;ni aun para ser cuestionadas!— en ninguna de las principales aproximaciones que hoy imperan para los estudios especializados conocidos específicamente como la disciplina particular llamada teoría del derecho.

1. PUNTO DE PARTIDA («*THE PURPLE ROSE OF...*»)

No te causará sorpresa, ni puede provocársela a Manolo, si reconozco que estoy muy de acuerdo con la gran mayoría de los señalamientos tuyos allí, cuya básica idea central (a mi juicio) se encuentra estupendamente bien explicada sobre todo en las pp. 40-52 de tu primera intervención, junto con unos cuantos otros pasajes de esta misma y también otros de la segunda.

Pues sí, me pareció especialmente gráfico el acierto de tu precisión inicial sobre la diferencia clave que hay entre «pesar» y «sopesar» [tu primer § 1: 39 y ss.]. Así esta precisión fundamental queda más intuitivamente presentada que mediante el término técnico correspondiente: *inter-subjetividad* de la medición, para diferenciar lo primero. No obstante, mi impresión es que, a pesar de lo acertado de la generalidad de tus observaciones, al fin de cuentas te dejaste llevar al terreno propio de ATIENZA: esto es, a encarar esas cuestiones principalmente en el plano de lo que he llamado «*novelas de conceptos*» teoréticos (así RAWLS, HABERMAS, LUHMANN, etc.). En los discursos inspirados por tales o cuales novelaciones doctrinario-jurídicas (p. ej.: ALCHOURRÓN y BULYGIN, DWORKIN, ALEXY, FERRAJOLI, etc.) se dan ciertos entreveros de planos —novelas ejemplares / realidades prosaicas— como unos que, *mutatis mutandis*, tan bien ilustra el filme de Woody ALLEN, *The Purple Rose of Cairo* [me he explicado con amplitud sobre ello en mi estudio publicado en el número anterior de *Doxa*]⁴.

A mi juicio, también los términos en que se ha desarrollado ese debate se apuntan en buena medida a algo así como una suerte de «*The Purple Rose of Judicial Process*». A continuación trataré de ir señalando algunos puntos clave donde las relaciones entre ambos escenarios —«novelaciones» doctrinarias/pragmática discursiva judicial— permanecen allí bastante relegadas entre bambalinas, como es habitual en los planteamientos dirigidos a elucidar cuestiones de ese tipo.

⁴ Cfr. E. P. HABA, «La opción capital para los discursos jurídicos: ¿novelas de conceptos o una tecnología social?», *Doxa*, núm. 36, 2013, 509-550.

2. PREGUNTAS CRUCIALES SOSLAYADAS

Tú haces ver muy bien distintos puntos flojos (por así decir) que son esenciales en la construcción *semántica* de esos *relatos* llamados «ponderación». Has percibido, y hasta señalas varias veces al pasar, la gran indeterminación que caracteriza a los trazos de algunos de sus principales «personajes»-conceptos: así tu aguda observación sobre la diferencia entre «arbitrario» y «discrecional» [114], como también sobre la endebles de la diferencia pregonada entre «reglas» y «principios» [78 y ss.]. No obstante, pasas simplemente por encima (mas no descarto que te hayas dado cuenta aun sobre esos aspectos) de las invocaciones a fórmulas lingüísticas cuyos contenidos son *enormemente* gelatinosos y no menos *enormemente* manipulables. Así, entre otras expresiones (cito a ATIENZA, con cursivas mías):

— «[...] requisitos (= la pretensión) de *coherencia, universalidad, bondad* de las consecuencias (= producen consecuencias socialmente *aceptables, positivas*) y respeto de la Constitución», todo eso presentado como rasgos definitorios de lo ahí llamado «racionalidad» [35 y ss. y 108];

— «[...] existe una regla, pero por *alguna* razón, la misma resulta *inadecuada*»; es cuestión de ver «si existe o no una regla del sistema que regule *aceptablemente* el caso» [28 y ss.]; «...ese riesgo no se combate oponiéndose *in toto* (curs. del A.) a la ponderación, sino oponiéndose a que se pondere cuando *no debería* hacerse (o por *quien* no debería hacerlo) y a que se haga de una manera *inadecuada*» [102 y ss.]; [Ahí la pregunta crucial, soslayada no menos por ti que por Manolo, es ni más ni menos que aclarar lo siguiente (¡chica cosa!): adecuada o «inadecuada», «aceptablemente» o no, «no debería» o sí, pero... ¿a juicio de *quién* o *quiénes*? Y si bien ATIENZA llega a formular una pregunta semejante («¿Aceptablemente? ¿Desde qué punto de vista? ¿Para quién?», 103), no es que acaso plantee tal dificultad asignándole carácter general para lo de la ponderación *in toto*. Y no se ve, por cierto, que él considere esta dificultad no menos válida asimismo en relación con afirmaciones como las otras tuyas que acabo de transcribir (*i. e.*, las de sus 28 y ss., y 102 y ss.); con dichas preguntas él se refiere *únicamente* a un pasaje tuyo particular, ése que recoge entrecomillado inmediatamente antes de ellas (con respecto al cual advierte, por lo demás, que ni siquiera le «ha resultado fácil saber *qué* es realmente lo que piensas [...]»)].

— es dable «[...] lograr casi siempre *una* (única) respuesta *correcta*: una respuesta *justa* y conforme con *el* derecho» [95]; «existe siempre, o casi siempre, una *única* repuesta *correcta* para cada caso (pero a la vista de *todas* las circunstancias que lo caracterizan)» [136 y ss.]; «[...] sólo *muy excepcionalmente* podría configurarse una laguna axiológica... [pues éstas serían apenas unos *pocos* casos con respecto a los cuales] pensaba [y sigo pensando (dice ATIENZA)] que es imposible dar criterios precisos» [104];

— existencia de propiamente *el* (¡uno solo!) «sistema» jurídico del país considerado⁵;

⁵ A decir verdad, la expresión «*sistema* jurídico» aparece muy poco en esa discusión (p. ej.: 28 *in fine*), mas tengo la impresión de que ella está implícita en las demás fórmulas vacías que arriba señalo entrecomilladas [y *vid. infra*: § 5]. De todos modos, aunque no se maneje dicha expresión específicamente, basta con las demás para configurar la *tónica* discursiva general —vaguedades contra vaguedades, «novelas» de conceptos— a que me refero.

— sería viable que unos intérpretes del derecho se rijan (¡de veras!) por la «deferencia hacia *el* legislador» [15], entonces es cuestión de acudir al pensamiento de «*el* legislador» [97 y ss.] como criterio interpretativo posible (vale decir: señalar a título de una alternativa propiamente «racional» las invocaciones al *topos* retórico «Voluntad del Legislador», como si acaso el conocimiento de sus contenidos pertinentes decisivos fuera un asunto comprobable *empíricamente* mediante verificaciones propiamente dichas, para resolver conflictos de interpretación);

— los intérpretes se podrían ajustar (¡de veras!) a seguir «una prioridad en favor de la *libertad*, o a favor de *la* constitucionalidad de una ley (deferencia hacia *el* legislador)» [15] (así se da por supuesto que el entendimiento de estos dos términos básicos es bastante unívoco, siempre o casi siempre, de modo tal que no cabrían mayores discrepancias en cuanto a quiénes sean los «candidatos» positivos y quiénes los negativos, en la realidad, como referentes pragmáticos de ámbitos de significación determinados por dichos términos respectivamente);

— remitirse a «la satisfacción del *interés* público» [18] (es otra fórmula vacía de la retórica política en general y de la retórica jurídica también);

— etcétera.

Recapitulo los ítems principales de este catálogo de conceptos altamente indeterminados, esto es, plenos de interpretaciones *muuy* contradictorias entre sí (según los respectivos tipos de gustos «técnico»-doctrinarios, cuando no unos principalmente «ideológicos», de los intérpretes):

— «coherencia, universalidad, bondad» de las consecuencias, socialmente «aceptables, positivas»;

— regla «inadecuada», por «alguna razón», en contraposición a la regla que regule «aceptablemente» el caso;

— aquello que no «debería» hacerse;

— *la* respuesta «correcta», «justa» para cada caso, a la vista de «todas» las circunstancias que lo caracterizan;

— «*la* constitucionalidad» de una ley, deferencia hacia «*el* legislador»;

— en favor de «*la* libertad»;

— «*el* interés público».

* * *

Es sintomático que ATIENZA dé simplemente por consabida la validez cognoscitiva de tales letreros, sin que él —ni nadie, que yo sepa, entre quienes sostienen esas habituales fantasmagorías doctrinarias— intente responder ante las objeciones específicas presentadas frente a dichos comodines lingüísticos. Tampoco tú cuestionas tal validez, hasta donde he podido darme cuenta, al menos en tus observaciones de la presente discusión. Y aunque a menudo has criticado lo de la «única» respeta «correcta», empero terminas cayendo en algo bastante parecido a eso en cuanto a aquellos casos para los cuales no admites como «posible» unos sentidos que ATIENZA y otros juristas afirman poder reconocer como tales.

No te voy a aburrir con la mención de estudios [KELSEN, ROSS y demás] en donde a dichos fantasmas lingüísticos se les ha bajado la careta (por supuesto, no es indispensable conocer además mis propios trabajos al respecto). De cualquier manera, lo cierto es que ni tú ni Manolo toman en cuenta para nada, allí, semejantes objeciones.

¿Será que éstas no tienen por qué venir a cuento para lo discutido *abí*, o que en todo caso su importancia sería sólo secundaria para *tales* efectos? Es bien posible que así sea, siempre y cuando la discusión se conforme con hurgar en determinados planos discursivos donde, sean éstos cuales fueren, las cuestiones se plantean principalmente (por no decir exclusivamente) con vistas a elucidar unas eventuales idas y venidas de ciertos conceptos manejados *en-sí-y-por-sí*, vale decir, no interrogados más allá de *sus propias* autocaracterizaciones dogmáticas.

Para todo realista, en cambio, lo verdaderamente interesante comienza a verse cuando se plantean *otras* preguntas, esto es, traspasando la mera reverencia discursiva ante unas mayestáticas palabras todo ubicuas como «coherencia», «universalidad», «bondad», «libertad», «justicia», «correcto», «adecuado» o «inadecuado», etc. El realista, cuando es cuestión de ocuparse de tales palabras, pues efectivamente ellas pueden también no ser ajenas a unas repercusiones prácticas importantes, empieza por preguntar, antes que nada y por encima de todo: ¿cuáles son los efectos *reales* considerados? —¡justamente ésos que quedan aparte del ruedo en las gestas académicas novelileriles a propósito de dichos términos cómodamente invocables por tirios y troyanos!—. Sí, él se preocupará por saber: ¿«libertad» de *quiénes* o «adecuación» para hacer *qué* especies de cosas específicamente?, ¿«universalidad» para imponer como conductas los «intereses» preferidos por *quiénes*?, ¿«coherencia» según el pensamiento de *quiénes*?, etc. [acerca del término-bandera «libertad», puede verse los sitios indicados en la n. 12 (*infra*). Por qué constituyen justamente unas *fórmulas vacías*⁶ las invocaciones a categorías como «universalidad» y «coherencia», en el modo cómo las presentan las teorizaciones de la corriente «estándar» a propósito de la argumentación jurídica, lo he explicado de paso en mi estudio «Avatares...»⁷].

* * *

La cuestión *CRUCIAL* que, a mi juicio, queda muy diluida en los términos como se plantea vuestro debate, sin perjuicio de todas tus penetrantes observaciones y también las de Manolo, me parece que es básicamente: ¿cuestiones de *palabras* o cuestiones de *hechos*? [cfr. VAZ FERREIRA, *Lógica viva*⁸: el cap. correspondiente]. En cuanto se presta atención a la importancia de distinguir entre estas dos cuestiones, entonces salta a la palestra inevitablemente el asunto de la *NO-IGUALDAD* y la carencia de relación *UNÍVOCA* entre *intentio* (semántica) y *extentio* (pragmática) de las concepciones invocadas

⁶ Para una caracterización general del tipo de pensamientos que constituyen «fórmulas vacías» *vid.* E. P. HABA, *Metodología jurídica irreverente. Elementos de profilaxis para encarar los discursos jurídicos terrenales*, Madrid, Dykinson, Sec. C.I.4, 2006 (197 y ss.). La totalidad de los materiales contenidos en ese libro han pasado a formar parte, revisados, de una obra muchísimo más amplia: E. P. HABA, *Metodología (realista) del Derecho. Claves para el razonamiento jurídico de visión social práctica*, t. I y II (impresos) + t. III (CD), San José (C. R.), Editorial UCR, 2012 (www.libreriaucr.com/catalogo/): ahí la Sec. D.II.3 (453 y ss.). O bien, *cfr.* E. P. HABA, *Axiología jurídica fundamental. Bases de valoración en el discurso jurídico (Materiales para discernir en forma analítico-realista las claves retóricas de esos discursos)*, Ciudad Universitaria Rodrigo Facio (San José, C. R.), Editorial UCR (www.libreriaucr.com/catalogo/), ed. corr. y ampl. (la ed. or. es de 2004): ahí Sec. G.IV (250 y ss.) y Compl. β (357 y ss.), 2008, sitios donde se ofrecen también numerosos ejemplos; una reedición de esta obra será oportunamente publicada, en el mismo sitio, bajo el título principal *Las valoraciones de los juristas*.

⁷ E. P. HABA, «Debate sobre Teoría de la Argumentación: Avatares de lo “racional” y lo “razonable”, cuando son eximidos de tener carnet de identidad», en *RTFD*, núm. 14 [ref. *supra*, n. 3]: § II.3 (esp. 271), 2011. Ese texto forma parte también de la obra señalada en la n. 3 *in fine*.

⁸ Ref. *supra*: n. 7.

por ATIENZA. Todo ello relacionado también, en muy buena medida, con que esos planteamientos aparecen acuñados en términos de *falsa precisión* [cfr. *ibid.*: el cap. correspondiente]. Por tu propia parte, si bien no dejas de indicar algunas indeterminaciones, aun estos señalamientos tuyos vienen a diluirse en buena medida: pierden «protagonismo» en medio del cúmulo de cuestiones-de-palabras adyacentes en las que, siguiendo a Manolo, te detienes mucho tú también.

A su vez, estrechamente vinculado con esa *NO*-discriminación básica, hay también otras cuantas incógnitas más por aclarar, para poder saber qué alcances se supone (¡aun según ustedes mismos!) corresponda entender que tienen vuestros propios planteamientos:

— ¿CUÁLES serían, entre los juicios de valor manejados por ustedes, los de tipo *categorico* y cuáles los de carácter *instrumental*?⁹ [y: i) ¿en qué medida —que resulte bastante comprobable— pueden ser, *de hecho*, intersubjetivos los criterios con que en las *prácticas* lingüísticas respectivas son manejadas esas etiquetas? // ii) ¿qué «pruebas» *empíricas*, aunque sean aproximadas, se consideran en cuanto a cada uno de los juicios instrumentales, si es que los hubiere entre las consideraciones efectuadas por ustedes?].

— ¿QUÉ se presenta ahí como principalmente *descriptivo* (ya sea de unos hábitos lingüísticos o de unas conductas pragmáticas vinculadas con estas costumbres discursivas) y, en cambio, qué ha de entenderse esencialmente como *propuestas* para acomodar unas presentaciones semánticas en la actividad judicial (sea o no sea que estas últimas tengan ya algunas intervenciones allí mismo)?

— ¿CUÁLES de los términos básicos involucrados son de manejo *pragmáticamente INTER*-subjetivo, y cuáles no? (a esto último sí te has referido, básicamente con la iluminadora diferencia señalada entre «pesar» y «sopesar», pero de todos modos dejas pasar como si tal cosa comodines lingüísticos multirretóricos tan remanidos como los que te señalé antes: «pretensión de universalidad», «coherencia», «adecuación», «el legislador», etc.).

* * *

Claro, mis preguntas son muchas (...y podrían ser bastantes más). Tanta «preguntadera» puede producir incomodidad entre cultores de la teoría del derecho, suscitarles acaso la sensación de que para ésta misma *no se vale* someter sus temas a la elucidación de detalles tan pedestres. Las perplejidades claves que semejante lista de cuestiones pone sobre el tapete son cuestiones acerca de las cuales los escritores de esa disciplina concuerdan (tácitamente) en apartar la vista.

⁹ Sobre la diferencia, ¡fundamentalísima!, entre estos dos grandes tipos básicos de juicios de valor necesitaré llamar la atención, otra vez más, en varios sitios del presente texto. Aunque tal diferencia es elemental, rara vez suele ser traída a colación en las abundantes elucidaciones que con respecto a cuestiones valorativas tienen lugar en estudios de teoría del derecho [unos señalamientos generales básicos sobre la naturaleza y alcances de dichas dos cardinales categorías del pensamiento para la llamada «Razón práctica» se pueden hallar en E. P. HABA, *Los juicios de valor. Elementos básicos de Axiología General*, San José (C. R.), Editorial UCR (www.libreriaucr.com/catalogo/), Sec. F.II, 2010; y *vid.* las obras de referencia ahí señaladas (principalmente M. WEBER y A. BRECHT). Hay ediciones anteriores de dicha obra, publicadas por la misma editorial, a partir de 2004: allí la misma sección. El asunto es considerado también, de manera mucho más breve, en *Metodología jurídica irreverente* [ref. *supra*, n. 6] Sec. C.III.5; más amplio en *Metodología (realista) del Derecho*, ref. en la misma n., ahí Sec. E.III (recoge la mayor parte del material contenido en la Sec. F.II de *Los juicios...*).

3. PALABRAS Y «HECHOS» (Y EL ASUNTO DE LAS «PRUEBAS»)

Tal vez haya quienes, no sé si también tú, entiendan apropiado objetarme algo así como las dos puntualizaciones siguientes: *a)* Las «palabras» (y así podría tal vez ser en cuanto a las etiquetas discursivas acerca de las cuales queda planteada la controversia entre ustedes) no son ajenas a grupos de «hechos»; por lo demás, no siempre está claro qué es o no es un «hecho». *b)* Muchas veces no concluyentes las «pruebas» que puedan recabarse en cuanto a la efectiva «instrumentalidad» de lo señalado en cierto juicio de valor (y así podría ser en cuanto a los manejados por ustedes), sin perjuicio de que esa «instrumentalidad» pueda darse en algunos o muchos otros casos de la materia considerada. Ambas precisiones son acertadas, mas no afectan a lo sustancial de mis observaciones. Me explico:

a) Ello es verdad como observación *generalísima*, o sea, *IN*-discriminada. Sólo que, hay «hechos» y «hechos»... Pero aquí (*i. e.*, para el asunto «ponderación») no se trata, digo yo, de elucidar esa cuestión epistemológica *EN GENERAL*, sino de considerar la diferencia entre estas dos categorías básicas —«palabras»/«hechos»— con respecto a las cuestiones *específicas* puestas sobre el tapete en vuestro debate. O bien, ¿será que tal distinción carece de *importancia* para ese asunto o acaso resulte *imposible* de identificar para lo examinado ahí?

No pretendo negar que abundan los «hechos» lingüísticos, ni que muchísimos de éstos tienen influencias decisivas sobre conductas vinculadas con ellos, por mediación de la mente de sus protagonistas. Eso sí, no creo que sea exactamente *lo mismo DECIR* que *HACER*. Por el contrario, formulado técnicamente: *semántica* ≠ *pragmática* lingüística. Si bien caben correspondencias entre ambas esferas, no es obvio dar por descontado *de antemano* que tales correspondencias existan de veras: éstos son asuntos para ser elucidados *empíricamente*, caso (o tipos de casos) por caso(s). Claro está, reconozco que también el pronunciar palabras o poseer ideas en la mente son unos «hechos», en sentido amplio, pues tanto lo uno como lo otro tienen lugar realmente; pero no es a *tales* tipos de «hechos» que entiendo referirme, sino justamente a cuanto *NO* se agota en un decir o un pensar, ni tampoco consista simplemente en ciertas emociones anejas. Llamo «hechos», en sentido *estricto*, a: fenómenos que son también (cuando no exclusivamente) *extra*-lingüísticos (aunque puedan venir codeterminados y cointegrados por desempeños lingüísticos), ya sean ellos puntuales o que se reiteren en regularidades —legaliformes o probabilísticas o al menos estadísticas— como acontecimientos típicos.

Si acaso alguno de ustedes me dijera que *tal* diferencia no existe, simplemente no veo de *QUÉ* podría yo venirles a hablar en cuanto a los asuntos planteados. A mí, la semántica jurídica no me interesa *en sí* y por sí («novelas de conceptos»), sino únicamente en tanto en cuanto ella sea capaz de codeterminar —¡o no!— la *PRAGMÁTICA* (¡repercusiones sociales reales!) de los discursos en cuestión. [En cuanto a esto último, ATIENZA ha reconocido paladinamente (*Doxa*, 33: 408, punto 4) que, según él mismo: «...diferenciar con *precisión* los elementos descriptivos y prescriptivos de las argumentaciones jurídicas me parece *EQUIVOCADO*...» (cursivas mías). En cambio, tú has subrayado que compartes la tesis contraria: «...se trata de resituar y justificar la *DISTINCIÓN* entre teoría *descriptiva* y teoría *normativa* de la argumentación jurídica...» (*ibid.*: 441

in limine, cursivas mías). No obstante, me parece que también en tu propia argumentación has caído, en largos trechos de esos comentarios, en unas indistinciones como la encomiada por Manolo. En vez de poner ahí acento en *tal* distinción precisamente, al desmenuzar las novelaciones (categorización mía) de ATIENZA sobre unas «razones» jurídicas, más bien le has seguido el juego, concentrándote sobre todo en ese *mismo* plano. Criticas, sí, los «personajes» semánticos de él; pero lo haces por lo general sin subrayar que ellos son eso, unas criaturas esencialmente SEMÁNTICAS (y de *intentio* bien «gelatinosa», por lo demás). Si bien el tener estas creencias iusnoveleras, unas u otras, puede no estar libre de consecuencias efectivas —aquí se trataría del ejercicio efectivo más amplio o más restringido de unos grados de «libertad» por parte de tales o cuales jueces— cuando hay quienes se dejan guiar de veras por tales fantasmagorías, no quita que éstas en sí mismas sean lo que son: ¡unas *storytelling*!]

b) Por supuesto que no se trata, según veo yo ese asunto, de pedir «pruebas» concluyentes (cuando no fuere dable obtenerlas), sino de indicar, sin disimulaciones «noveleras»: 1) *concretamente* cuáles serían unas «pruebas» *empíricas* aproximadas que sea posible ofrecer al respecto, para hacer más o menos plausible la instrumentalidad («servir» *para...*) afirmada, si es que se pretende sostener que hay tal; 2) o bien, reconocer francamente que *no existen* semejantes «pruebas», ni siquiera en alguna medida, de modo que creer o no creer en tal instrumentalidad práctica es una cuestión de adivinación o de intuiciones «inefables». [Posiblemente se pueda a veces acertar adivinando o dejándose llevar por ciertas intuiciones, así algunas parasicológicas; pero entonces uno no debiera abstenerse de reconocer que es justamente *éste* el terreno en que se mueve su discurso sobre las cuestiones en examen. Supongo que no es tal el plano de pensamiento en que entiendes moverte tú; y acaso ni siquiera Manolo, aunque él mismo forme parte de la legión de quienes tendrían la especial facultad de lograr aprehender valores *absolutos* (cognitivismo axiológico)...].

* * *

En función de todo ello, si bien creo que tú mismo te das cuenta de esas cosas, pienso que el lector desprevenido, sobre todo el acostumbrado a moverse principalmente en el plano de las novelas de conceptos predominantes en la teoría del derecho (y, a decir verdad, difícilmente sean otras personas quienes se interesen en estos debates), verá vuestra discusión como un capítulo más de eso mismo: «personajes» teoréticos van —unas *estipulaciones* semánticas— y «personajes» teoréticos vienen —otras *estipulaciones* semánticas—, sin poner en tela de juicio el gran «cielo» que los cobija en común. En fin, yo no alcanzo a distinguir acerca de qué *HECHOS* (en sentido propio, sean ellos discursivos o «materiales») estarían ustedes en *desacuerdo* sobre si reconocer su *EXISTENCIA* como *tales*: ¿cuáles serían los *X fácticos* —¡terminologías aparte!— con respecto a los cuales Manolo cree que *sí* existen y tú dices que *no* existen, o a la inversa? ¿En *QUÉ* discrepan ustedes, salvo sobre si sea recomendable emplear o no ciertas *façons de parler*? (así, en cuanto recurrir o no a mapas lingüísticos como ésos que componen los pedantes trámites discursivos llamados «ponderación»).

Después de todo, también tú llegas a darte cuenta en buena medida de que éstas son unas cuestiones-de-palabras. Dices:

...yo no veo inconveniente a que *lames* ponderar a lo que tradicionalmente *llamábamos* valorar discrecionalmente [...] estaríamos *los dos* poniendo los significados posibles del enun-

ciado normativo como límite [...] Que a una parte de ese razonamiento interpretativo yo lo llame valorativo y tú lo *denomines* ponderativo sería cuestión *MENOR* sobre la que quizá *NO* mereciera la pena gastar tantas páginas (128 y 130, cursivas mías).

No obstante, de inmediato acotas: «Pero dudo muy sinceramente, y bien lo lamento, que nuestros acuerdos sean tantos» (130). Tampoco yo dudo que entre ustedes dos haya más de un des-«acuerdo» sobre tales cuestiones. Sólo que, no puedo soslayar la pregunta: ¿des-acuerdos, sí, pero sobre qué *HECHOS*?

4. INDIFERENCIA DE HECHO, PARA EL RAZONAMIENTO JURÍDICO PROFESIONAL, DE LA CONTROVERSIA COGNITIVISMO/NO-COGNITIVISMO AXIOLÓGICOS. DOS «POSTURAS» DOCTRINARIAS QUE, A FIN DE CUENTAS, ESTÁN BASTANTE «CERCA» ENTRE SÍ

Un desacuerdo básico entre ustedes podría residir en eso de que, mientras Manolo mantiene unas creencias epistemológicas que lo ubican de pleno en el plano de los *cognitivistas* axiológicos, en cambio tú te ubicas más bien entre los llamados «relativistas» (*no-cognitivismo*) en ese respecto:

...lo que los escépticos en materia moral y iusfilosófica mantenemos es algo distinto: no que carezca de sentido que yo tenga mis preferencias morales, mi idea de la justicia, mi consideración sobre cuál sea la solución más equitativa [...] sino que esas preferencias mías poseen dos características decisivas: la primera, que no es racionalmente demostrable (en un sentido pleno y fuerte de «demostrar») que mis preferencias sean superiores a las de otros, aun cuando mi convicción subjetiva sobre ellas sea total y radical (131)¹⁰.

Ahora bien, aun cuando estoy básicamente de acuerdo contigo en cuanto a lo apuntado en estas líneas tuyas, no se me oculta que, de todas maneras, la discrepancia que al respecto hay entre ustedes dos no implica desacuerdos sobre si existen o no determinados *hechos* (¿cuáles serían éstos mismos?), sino sobre cómo *pensar* acerca de ellos desde ciertos puntos de vista: cómo *juzgarlos*. Desde luego, dos personas pueden estar perfectamente concordes en reconocer que ha sucedido tal o cual cosa, pero discrepar en cuanto a si eso está «bien» o está «mal», como también sobre qué hacer al respecto. No pretendo decir, por cierto, que este otro plano de pensamientos no pueda ser importante, o hasta importantísimo, tanto para la esfera del conocimiento teórico al respecto como inclusive en sus repercusiones prácticas. Sólo digo que esos dos planos —reconocimiento de unos hechos/ciertas *apreciaciones* acerca de ellos— no son la misma cosa. Para el presente caso, por cuanto en nuestro asunto nos interesa sobre todo (¿o me equivoco?) cuáles sean las consecuencias *prácticas* de las formas de pensamiento jurídico consideradas, la cuestión principal es saber: ¿en qué medidas, y cómo, lo puntualizado en dicha discrepancia que en materia epistemológica hay entre ustedes dos tenga efectos en la realidad judicial? ¿Será que, de veras, las maneras como resuelven los jueces depende de qué piensen ellos en cuanto a *eso* específicamente, o sea, según si estén convencidos respectivamente por las razones que ofrecen los epis-

¹⁰ Lo que ahí GARCÍA AMADO denomina «escépticos» corresponde a la posición del no-cognitivismo axiológico. Para explicaciones sobre las corrientes epistemológicas llamadas «cognitivismo» y «no-cognitivismo» axiológicos, *cfr.* la obra señalada en la n. 9 (*supra*): *vid.* la sección C, esp. sus subsecciones I y II (51 y ss.); sobre «relativismo» y «escépticismo» en materia de juicios morales puede verse ahí la subsección V (98 y ss.).

temólogos cognitivistas o las de los no-cognitivistas en materia de teorías sobre el pensamiento axiológico?

No creo que esa discusión epistemológica desempeñe papel real alguno en las mentes reales de los protagonistas reales que dictan las resoluciones judiciales reales, sea o no sea que recurran a esquemas de razonamiento como los llamados «ponderación». Por lo general también aquéllos son cognitivistas axiológicos (*i. e.*, así como Monsieur Jourdan hablaba en «prosa» aun sin saber que se trata de esta categoría gramatical); de hecho es ésa la manera de pensar que cultivan casi todas las personas, por lo menos ante las cuestiones que no les son más bien indiferentes. Por lo demás, como los discursos judiciales cultivan a pie juntillas La Superstición del Único Significado Verdadero (I. A. RICHARDS), en su aplicación para el mito de que hay una sola interpretación *verdad*eramente «correcta» para cada caso jurídico, esto implica necesariamente asumir (al menos subconscientemente) tal preconcepción para las valoraciones judiciales. Lo que hace diferencias, eso sí, es si su cognitivismo les lleve a creer en unas u otras *ideologías* políticas o religiosas, mas no cuáles sean las creencias abstracto-epistemológicas (aun suponiendo que alcancen a tematizarlas como tales, lo cual ya sería mucho decir) a que se adhieren, implícitamente acaso.

En cambio, si hay unas discrepancias de probado alcance práctico entre ustedes dos, sería bueno poner en claro sobre qué aspectos propiamente *empíricos* versan tales diferencias. De ahí mi pregunta reiterada: ¿des-acuerdos, sí, pero sobre qué *hechos*? Esta pregunta es de rigor, se hace ineludible, salvo si lo afirmado consista pura y exclusivamente en unos juicios de valor *categoricos*, o sea, apriorísticamente manejados ahí como in-discutibles (por definición); todas las demás especies de juicios de valor —*i. e.*, los instrumentales— se basan, al menos parcialmente, en unos enunciados con contenidos empíricos, vale decir, sujetos a pruebas y contrapruebas mediante comprobaciones sobre la existencia o inexistencia de ciertos *hechos* (en sentido estricto).

Tengo la impresión de que en ese debate vuestro no se trata, después de todo, principalmente de desacuerdos entre ustedes sobre adherirse o no a unos juicios de valor *categoricos* (o bien, habría que ver cuáles son sus contenidos intersubjetivamente *precisos*, supuesto que acaso fuera posible determinarlos). Ahora que, si efectivamente vuestras discrepancias no se concentran principalmente en diferir acerca de ciertas valoraciones asumidas como categoricas (¿cuáles?), entonces esa pregunta formulada por mí es de lo más pertinente: saber la existencia respectivamente de qué *HECHOS* sostiene cada uno de vosotros y niega el otro, si es que hay tales, resulta absolutamente decisivo, quíerese o no, para apreciar *CUÁL* sea a ciencia cierta la verdadera dimensión y los alcances verdaderos de ese intercambio de ideas entre ustedes.

Por mi parte, no he logrado discernir cuáles serían tales «hechos». Por eso tiendo a pensar que al fin de cuentas no le falta razón a Manolo cuando señala, ya concluyendo vuestro debate, que:

aun siendo distintas, nuestras posturas están, al final del debate, más *cerca* entre sí de lo que probablemente ambos pensábamos al inicio (138, cursiva mía).

Esa «cercanía» consiste, a mi juicio, ante todo en que tanto él como tú mantienen el debate ubicado principalmente en el plano de las «novelas de conceptos» dogmático-jurídicos, las cuales a su vez cultivan enfoques que son tributarios de visiones esencia-

listas (un esencialismo «razonabilista» frente a un esencialismo «positivo-juridicista», por llamarles así), como así también conservan intactas las enormes penumbras de vaguedades de ciertos conceptos fundamentales a que respectivamente recurre cada uno de ustedes. Eso sí, no faltan ahí las discrepancias en cuanto a cuáles sean vuestros personajes-conceptos preferidos ni a cómo deban algunos de ellos comportarse en las tramas de iusdogmática consideradas.

5. DISPUTA ENTRE RECOMENDACIONES; RECURSO A UNAS DISTINCIONES INOCUAS. FÓRMULAS DE FALSA PRECISIÓN. ¿CUÁLES SON LOS SIGNIFICADOS JURÍDICOS «POSIBLES»?

Examinando vuestro debate, llego a la conclusión de que el «qué» principal de enfrentamientos entre ustedes reside, llámesele como se le llame, en cuanto a *RECOMENDAR* positiva o negativamente, como orientaciones mentales, ciertos patrones heurísticos —así los calificaría yo (también lo hace ATIENZA: 22)— para servir de guías en el razonamiento judicial. Se trata sobre todo, si no estoy equivocado, de lo siguiente: *a)* papel más *AMPLIO* o más restringido que se recomienda en cuanto a guiarse por «razones» que puedan ser un tanto independientes de la «letra» de ciertas disposiciones jurídicas invocadas (106); *b)* consiguientemente, aconsejar a los jueces tomarse mayores o menores *LIBERTADES* con respecto a la «letra» invocada, para adoptar sus resoluciones.

Aun entendiendo que tanto *a)* como *b)* son unas recomendaciones, no simplemente comprobaciones, yo estaría de acuerdo en reconocer que pueden marcar diferencias en la producción de los «hechos» consistentes en la parte resolutive de órdenes dadas por los tribunales. Digo «hechos», puesto que por cierto tales decisiones pueden no ser indiferentes para la «vida» del derecho, o sea, las consecuencias prácticas para individuos de carne y hueso. En efecto, ello puede conllevar ni más ni menos que consecuencias sociales *efectivas* —*i. e.*, las extrajudiciales y las extraacadémicas—, ya sea individuales o más generales, cada una de las cuales podrían variar en función de cuáles sean respectivamente las recomendaciones doctrinarias seguidas por los jueces (en caso de que realmente las tomen en cuenta ellos mismos).

De todas maneras, la cuestión práctica clave es: 1) para asuntos jurídicos puntuales discutidos realmente en los tribunales, si allí se invocare dichas postulaciones teóricas, ¿es *intersubjetiva* tal distinción entre contenidos compatibles con la «letra» y los que no lo son, y entre «razones» legítimamente invocables ahí y «razones» consideradas —por unos juristas sí y por otros no— como extrajurídicas? (p. ej., en cuanto a re-«conocer» si ahí existe o no existe una «laguna axiológica»); 2) ¿cómo aquilatar, *intersubjetivamente*, si un juez se toma o no se toma ya sea más o ya sea menos «libertades»? (habrá quienes sostengan, con respecto al mismo asunto, que sí se las ha tomado, «excediéndose», mientras otros dirán que no).

Ahora bien, como resulta que los criterios intersubjetivos de tal índole no existen [para detalles se puede *cfr.* mi libro *El espejismo de la interpretación literal*¹¹ y mi estu-

¹¹ E. P. HABA, *El espejismo de la interpretación literal. Encrucijadas del lenguaje jurídico*, t. I y II, San José (C. R.), Corte Suprema de Justicia-Escuela Judicial, 2003.

dio «Retórica de “la” Libertad...»¹²], lo cierto es que las distinciones propuestas por ustedes en cuanto a 1) y 2) son inocuas. Por más distinguibles que ellas sean entre sí como *formulaciones* lingüísticas, sus contenidos *reales* varían de acuerdo con las preferencias del operador jurídico que las invoque. En definitiva, pues, ello no sirve para distinguir decisivamente entre «hechos» y «hechos», ni para categorizar en qué rubro —¿«derecho» o no-«derecho»?— entren unas decisiones jurídicas *concretas*. Eso es manejable poco menos que *a piacere* para justificar retóricamente tanto determinadas decisiones jurídicas como unas decisiones jurídicas contrarias: ahí están, para que el juez *opte*, las «razones» que no aceptas tú y las que sí acepta Manolo, los «límites» del derecho detectados por ti y otros «más flexibles» (96) que detecta él...

* * *

¿Cuál sería la manera *TRANSPARENTE* de tratar estas cuestiones? Basta con sacar a luz, como en muy buena parte has hecho tú, el carácter sustancialmente indeterminado-*voluntarista* que tienen —¡de hecho!— los contenidos invocables bajo las etiquetas asignadas como nociones básicas («proporcionalidad» y demás) para edificar los pedantes mecanismos de pseudo-«objetividad» en que consisten esos procedimientos. Tales letreros conforman unos espejismos de *falsa precisión*. No es aconsejable. a mi juicio, embarcarse en prolijas disquisiciones terminológicas sobre los «personajes»-conceptos de unas novelas teóricas como esa *storytelling*, la llamada «ponderación» de la manera en que habéis abordado vosotros ese asunto. Antes bien, sería bueno concentrarse en des-velar que éstas son, ante todo y sobre todo, eso mismo: unas *stories* discursivas manejables principalmente *a piacere* de los operadores jurídicos.

Digo «*a piacere*», sin ignorar que ninguno de esos locutores es *totalmente* libre ni aun en el manejo de *ese* lenguaje, pues a fin de cuentas quedan vinculados por ciertos «núcleos» de significados básicos de dichas costumbres lingüísticas. Sólo que, en tal sentido cada juez jurídico no está más «atado» discursivamente por presentar su argumentación mediante los «casilleros» conceptuales en que consiste la ponderación tipo ALEXYS, que cuando lo hace de cualquier otra manera entre las jurídicamente consabidas en el gremio de los juristas profesionales. No menos en tal primera manera que en las demás, el operador judicial que las invoca se está acogiendo, ¡así!, a igual *LIBERTAD* de decisión en cuanto a la *amplia* «penumbra» de los conceptos invocados y de las posibles relaciones entre éstos mismos.

Con o sin presentarlo mediante esos formularios llamados «ponderación», después de todo resulta que el operador jurídico hace siempre lo mismo básicamente, en los casos controversiales: *ELIGE* él mismo, o resolviéndose a seguir ejemplos de elecciones semejantes ya establecidas por otros jueces, entre unos *topoi* en el seno de los repertorios jurídicos aprendidos para desempeñarse como jurista. Es cierto que para

¹² E. P. HABA, «Retórica de “la” Libertad contra las libertades (Control sobre las libertades, por medio de “la” Libertad como ideología)», *Revista de Ciencias Jurídicas* (Universidad de Costa Rica), núm. 75 (mayo-agosto 1993), 1993, 113-158 [es su versión definitiva, revisada y ampliada; la ponencia original se encuentra en *Memoria del X Congreso Mundial Ordinario de Filosofía del Derecho* (IVR), vol. VI, 163-183 (www.bibliojuridica.org/libros/1/422/19.pdf)]; una versión ya ampliada se publicó en *Revista de Filosofía de la Universidad de Costa Rica*, vol. XX, núm. 51, junio 1982, 55-69 (http://inif.ucr.ac.cr/recursos/docs/RevistadeFilosofiaUCR/Vol.XX/No51/Control_sobre_las_libertades_por_medio_de_la_libertad_como_ideologia.pdf)].

motivar sus elecciones suele fundamentarlas; pero aun estas fundamentaciones no son, al fin de cuentas, sino esquemas de enlaces discursivos «tópicos», asimismo aprendidos y no menos opcionales cuando hay desacuerdos sobre las soluciones concretas. Yo no digo que no se pueda, y mucho menos que no se deba, *razonar* con respecto a los *topoi* en juego. Mas una cosa es hacerlo con base en disimulos —*i. e.*: no distinguiendo entre juicios de valor categóricos e instrumentales, acudiendo a encubrir con formulismos lo que no son sino unas opciones propias del intérprete, etc.— y otra sería si fueran puestas lo más *FRANCAMENTE* posible las cartas jugadas sobre la mesa: responsabilidades personales del operador al optar por una interpretación en vez de otra, grados de probabilidad o de improbabilidad de los conocimientos empíricos invocados, etc. Posiblemente esta segunda posibilidad constituye una utopía, pero eso no quita que la primera consista en aquello otro.

Estoy muy de acuerdo con ATIENZA en cuanto a que: «El mejor teórico del derecho es el que hace fácil lo difícil, no difícil lo fácil» (23). A mi juicio, las «técnicas» de ponderación presentadas por ALEXY son un ejemplo paradigmático de lo segundo, mediante los andamiajes de artificios discursivos en que consisten tales «técnicas» de falsa precisión (bueno, los hay también más extremos: ¡el premio mayor se lo llevan, por mucho, las axiomatizaciones de FERRAJOLI!)¹³. Mas tanto tú como aun Manolo mismo terminan por reconocer que, después de todo, la «madre del cordero» está ni más ni menos que en saber *CÓMO* determinar cuáles serían las «interpretaciones *POSI-BLES*» (106, 122-124 y 135; cursivas mías). Dices al respecto:

poniendo los significados *posibles* del enunciado normativo como *límite* para [...] lo que se puede con *propiedad* llamar aplicación del *derecho* (130, cursivas mías).

Se trata, pues, de qué sea *RECONOCIDO* ahí como «significados *posibles*». Sólo que en el tintero se les quedó a ustedes la pregunta clave para la práctica: ¿por parte de *QUIÉNES* necesita ser ello reconocido de *tal* manera?; ¿y por parte de quiénes, en cambio, poco importa que éstos mismos no reconozcan que es así?

¹³ Hasta donde estoy enterado, el único estudio crítico publicado que va verdaderamente *a fondo* en cuanto a des-velar la rotunda endeblez de que adolecen los planteamientos centrales de ese afamado autor es el singular (por lo inusualmente des-velador al respecto) examen de M. E. SALAS, «Sin derecho ni razón. Sobre el garantismo penal de L. Ferrajoli: su carencia de validez científica y de practicidad real», *Doxa*, núm. 35, 2012, 751-789 [en el mismo ejemplar de *Doxa*, muy pocas páginas después (819-832), también hay otro comentario crítico con respecto a unas ideas de dicho autor; en este otro no se toca ninguno de los puntos-eje puestos de relieve por SALAS (mas no tenía por qué conocerlos ese comentarista). En la entrega siguiente de esta *Revista* (núm. 36-2013) nos encontramos con unas cuantas páginas de contestación (559-570) por parte del propio FERRAJOLI, frente al segundo comentario. En cambio, ni él mismo como tampoco ninguno de los tantos admiradores suyos cuyos comentarios fueron especialmente escritos en su homenaje para los núms. 31-2008 (201-334) y 34-2011 (*jin toto!*) de esta misma *Revista*, han considerado del caso efectuar referencia alguna a las observaciones de SALAS, y menos que menos tratar de indicar en qué pudieran estar acaso equivocadas del todo o en parte. Aventuro un pronóstico: ¡no lo han hecho ni lo harán! *Et pour cause...*]. Inclusive yo mismo no he dejado de tratar de hacer advertir, aunque apenas de paso, por qué planteamientos como los de FERRAJOLI pertenecen esencialmente al género «novelas de conceptos»: *cfr.* sobre todo en mis estudios «Callar o no callar [...] *that is the question!* Entre “crítica crítica” y las críticas-poco-críticas» (*Doxa*-33; esp. 383, n. 38) [recogido también en el libro que he señalado en la n. 3 *in fine*] y «Sobre la opción capital» [ref. *supra*: n. 4]; de este último *vid.* esp. «Novelística de Ferrajoli...», digresión ubicada allí inmediatamente después de la n. 30).

6. **¿CÓMO CONOCER LOS «LÍMITES» DEL «DERECHO» POSITIVO? [I]: DOS MANERAS ENFRENTADAS, PERO IDEALISTAS AMBAS (STORYTELLING), DE CONCEBIRLOS; Y LA METÁFORA DE ENTENDER EL DERECHO COMO UNA «EMPRESA» (RELATIVO ACIERTO, PERO TAMBIÉN PROCLIVIDAD AL MISTICISMO, MEDIANTE ESA IMAGEN)**

Vuelvo sobre los dos puntos claves *a)* y *b)* hacia los que he querido dirigir tu atención más atrás [§ 3]. Si al respecto fuera cuestión de responder realísticamente, vale decir, ya no desde tal o cual «cielo» doctrinario, sino antes que nada advertir cómo pasa y cómo pueda pasar eso en las «tierras» jurídicas —tribunales, administración, etc.—, entonces lo de saber en *dónde* hallar respuesta a esas dos cuestiones resulta (para cualquier lingüista realista) bastante obvio, elemental. Esto es: el tener presente que la palabra «derecho», como cualquier otra, significa ni más ni menos que lo que *realmente* ella significa en las *mentes* de grupos de locutores habituales de ese término; ya sea para todos esos grupos o para cada uno de éstos *diferencialmente*, en los tipos de situaciones consideradas. Sólo las prácticas lingüísticas *MISMAS* pueden dar a conocer cuáles sean esos grupos de significados *típicos*. Lo propio pasa, por ende, en cuanto a los *límites* establecidos para dicha palabra. Resultan estar marcados *de hecho*, aunque por lo general no se hallan codificados expresamente: son las elasticidades que en su empleo sean toleradas por tales o cuales sectores de sus locutores, en sus *prácticas* discursivas jurídicas mismas. KANTOROWICZ, LLEWELYN, FRANK y otros supieron advertir eso desde hace tanto tiempo atrás, aunque no lo formularon en el marco de los conocimientos de lingüística que hoy están muy al alcance de la mano.

Eso mismo es aplicable, desde luego, no sólo para la pregunta generalísima de qué sea «derecho» *in genere*, sino igualmente para conocer cuáles son las interpretaciones jurídicas realmente *posibles* de determinado precepto del derecho positivo en relación con algún caso presentado ante un tribunal de justicia. Señala al respecto:

cuando hablamos de interpretaciones posibles nos referimos a los distintos significados que *podemos* dar a un enunciado legal en lo que este tenga de equívoco o indeterminado, pero *no* sería «interpretación» *posible* la que lo haga decir algo diferente de lo que «de manera *inequívoca*» dice. [...] Yo pongo como límite del respeto a la norma el respeto a sus interpretaciones *posibles*, por lo que cuando no hay más que *una* interpretación posible no tiene el juez margen de maniobra (con arreglo a derecho) [124 y ss., cursivas añadidas].

Ahora bien, todo el asunto es: ¿*QUIÉNES* serían, según tú, éstos que ahí «podemos», y quiénes los que *no* «podemos»? ¿Será que «puede» *cualquier* persona (que conozca normalmente, digamos, el idioma castellano)? ¿O ha de tratarse únicamente de, por ejemplo, los juristas profesionales (y acaso todos ellos o nada más los especialistas de la rama considerada) o en particular los jueces? ¿Y qué pensar si, entre éstos que supuestamente «pueden», sucede que unos juzgan «inequívoco» tal o cual significado como interpretación de un precepto (o conjunto de preceptos o principios) pertinente(s), mientras otros están no menos convencidos de que la interpretación «inequívoca» difiere de aquélla, o acaso hasta hubiere quienes entienden que ninguna de ambas interpretaciones es propiamente «inequívoca» para el caso en discusión?

En relación con esta última eventualidad, tú llegas a considerar un caso extremo, el de que se presente apenas una sola opinión discrepante; lo cual bien podría hacerse extensivo, consentiría en agregar yo, a la hipótesis de haber apenas un número ínfimo de tales, frente a la abrumadora mayoría de quienes sí están plenamente convencidos de que en la o las disposiciones invocadas está «de manera inequívoca» que ahí «dice» *eso* mismo que entiende dicha mayoría. Me parece que lo que quieres hacer advertir al respecto es que semejantes casos, por ser tan altamente excepcionales, no vale la pena tomarlos en cuenta para sacar unas conclusiones generales principales sobre el asunto en discusión, como las que ahí se proponen elucidar ustedes dos. Por esto le respondes a Manolo señalando que no sería sensato sostener lo siguiente:

Resulta que yo no puedo mantener la convicción de que una norma *N* tiene una *única interpretación posible* si hay en la «comunidad jurídica» *una sola* sentencia o *un solo* profesor o tratadista que haya sostenido que las interpretaciones posibles son varias y no sólo la que yo digo (121, cursivas añadidas).

Considero acertada esta precisión. En efecto, los interrogantes planteados por mí *no* son para referirme a situaciones tan excepcionales. Tampoco van dirigidos a obtener como respuestas unas cifras exactas, digamos la indicación de un porcentaje numérico bien preciso, para establecer lo que sería dable tomar a título de algo así como una «barrera» *absolutamente* neta entre interpretación «inequívoca» (una sola) e interpretaciones no-«inequívocas» (*i. e.*, admitir que haya dos o más «posibles»). Pues bien, ¿entonces será cuestión de reconocer, como al parecer crees hacerlo tú, alguna interpretación que sea la *única* «posible» con respecto a tal o cual situación jurídica discutida en los tribunales, aun si *de hecho* hay juristas tan expertos como Manolo y tú mismo que discrepan sobre si de veras sea esa la «única» al respecto? Lo cierto es que para sostener tal cosa acerca de unos casos *concretos*, así los examinados por ustedes, en modo alguno alcanza con precisiones como las de esos dos pasajes tuyos que acabo de transcribir (tampoco logré detectar otras menos indeterminadas, en tales respectos, a lo largo de tus intervenciones allí).

Lo menos que entonces se debiera determinar muy bien, así fuere estipulativamente, sería unas respuestas que de veras permitan distinguir bastante intersubjetivamente *cuáles* son los grupos humanos de juristas —¡*quiénes* «podemos»!— capaces de saber a ciencia cierta si determinada interpretación jurídica es «de manera inequívoca» la *única* interpretación «posible» para resolver un caso dado. Por ejemplo, para ponerlo de manera bien concreta: ¿tal «podemos» comprende también a Manolo, entre otros, o únicamente a quienes estén de acuerdo contigo mismo sobre qué sea «inequívoco» como interpretación jurídica «posible» con respecto a los casos elucidados en vuestra discusión?

Por su parte, ATIENZA señala expresamente que su perspectiva sobre *dónde* corresponde ubicar los «límites» no coincide con la afirmada por ti:

la función del juez no es hacer justicia a cualquier precio, sino *dentro* de los *límites* que le permite el derecho: un juez no debe ser justo, sino justiciero. El otro lado de la medalla es que la vinculación del juez no es sólo a la letra de la ley, sino a sus *RAZONES subyacentes* (106, cursivas añadidas aquí).

Quiere decir que, si bien ustedes están de acuerdo en sostener que sí hay unos «límites» *pre*-establecidos (al menos en un espacio-tiempo determinado, supongo),

empero este acuerdo se esfuma en cuanto se requiere que ello pase a ser planteado en términos lo menos vagos posible. Por vuestra parte, se trata de reducir la indeterminación de los «límites» recurriendo, respectivamente, tú a las «interpretaciones posibles» y ATIENZA a las «razones subyacentes». Mas ni lo uno ni lo otro sirve, de hecho, para identificar unas *pautas* propiamente dichas. Ambos os contentáis con señalar apenas algo así como dos «horizontes», respectivamente, cada uno de los cuales remite a su propio universo de contenidos bastante in-determinado como conjunto. Tanto es así, la gran in-determinación propia de cada uno de estos dos «horizontes», que pueden llegar a contradecirse hasta las respectivas concreciones a que sus intérpretes arriban para determinar tales o cuales de esos contenidos... ¡inclusive en cuanto al interior *mismo* del universo discursivo imputado a la etiqueta lingüística invocada así!, llámese ésta lo «posible» interpretativamente o unas «razones» pertinentes.

Interpretaciones «posibles» frente a interpretaciones «posibles», como así también interpretaciones que unos consideran «posibles» frente a interpretaciones no-«posibles» que otros consideran «posibles». «Razones» señaladas por unos frente a «razones» señaladas por otros, como así también «razones» que unos consideran pertinentes frente a «razones» que estos últimos consideran no-pertinentes pero otros consideran sí-pertinentes. Y, por supuesto, cada intérprete está muy sinceramente convencido de que sólo quienes están de su propio lado del «frente a » en cuestión cuentan entre los juristas capaces de re-conocer los «límites» *verdaderos* del derecho positivo aplicable. Quiere decir que los intérpretes ubicados en el lado de enfrente padecerían de una peculiar ceguera mental que les impide percibir esos «límites» a pesar de ser estos últimos tan incuestionables, la cual puede llevarles hasta a imaginarse que los «límites» serían otros...

* * *

Por cuanto hace a la presente controversia sobre tales *límites*, estoy convencido de que ni tú ni Manolo tenéis nada de «ciegos». Simplemente es que ahí cada quien *opta* por *preferir* que los «límites» en cuestión sean *vistos* de una manera o de la otra, según vuestros respectivos gustos doctrinarios. Y no seré yo, por cierto, quien ponga en duda que ustedes están en todo su mejor derecho de postular esas preferencias, como teóricos proponentes de éstas o aquellas vías para el pensamiento jurídico. Así como optan los jueces, entre *topoi* jurídicos que de hecho son creíbles en su medio, así también se opta en el seno de la (meta)teoría del derecho al presentar unos u otros consejos prácticos dirigidos a los juristas profesionales, esto es: al proponer aquellas recomendaciones de discursividad que cada teórico suele llamar «rationales» o «razonables» para esos efectos, o cuando uno asegura que los «límites» son indudablemente tales y el otro está plenamente convencido de que son cuáles. *Ambos* teóricos (ahí son Manolo y tú) se expresan así de acuerdo con pautas que forman parte de tales o cuales *juegos lingüísticos* que suelen imputarse —¡*todos* ellos!— a la palabra «derecho», por más que las unas puedan resultar antinómicas con respecto a las otras. Tanto los «límites» identificados por ti como *únicos* «posibles» en discursos jurídicos, como también aquellos *otros* «límites» identificados por ATIENZA como no menos «posibles» para dichos discursos, corresponden a costumbres lingüísticas cultivadas respectivamente por grupos de juristas a quienes sin disputa se reconoce como conocedores de esta profesión.

[Estoy dando por sentado aquí que la utilización del término «posible» entiende referirse a un tipo de *hechos*: ahí son unos *hábitos* lingüísticos cultivados realmente, por grupos no ínfimos de locutores, para una actividad determinada; aunque fuere a veces sí y a veces no, o por unos locutores sí y por otros no. Mas si de lo que se trata, en cambio, es de *recomendar* algunos de esos usos, o de criticar otros, no me parece que una formulación transparente, para hacer ver que estamos en *ese* plano justamente, sea llamarle «límites *posibles*» a ello; antes bien, entonces corresponde identificar estas pautas como: «límites *deseables*» o «límites *convenientes*» o «límites *mejores*», etc. Esto es dable dejarlo aclarado tanto si se cree (así Manolo) o no se cree (así tú) en un *cognitivismo* axiológico¹⁴; sólo es no disimular que se trata principalmente de eso, unos juicios de *valor*; y preferentemente aclarando también si dichos juicios de valor se entienden como categóricos o como instrumentales¹⁵. Por tu parte, si bien has sabido marcar muy netamente tus distancias frente a ATIENZA en cuanto a lo del *cognitivismo axiológico* y a sus consecuencias dogmatizantes para la reflexión sobre el derecho¹⁶, empero terminas sosteniendo ahora otra especie de *cognitivismo normativista*, ciertamente no menos *supra*-empírico que el primero: al parecer, crees en un *esencialismo* «naturalista» en cuanto a la naturaleza del lenguaje jurídico: *infra*, §§ 8 y 9.]

7. EL DERECHO COMO «EMPRESA». LAS INTERPRETACIONES DE LOS JURISTAS CONSTITUYEN «APUESTAS» POR HACER ACEPTAR UNOS SENTIDOS COMO NECESARIAMENTE JURÍDICOS

Es curioso, pero resulta que en cuanto a eso de los sentidos jurídicamente «posibles» estoy bastante menos cerca de suscribir dichos planteamientos tuyos que de admitir que tienen su razón unas metáforas —¡pero guardando, claro está, plena conciencia de que son tales!— como las que menciona ATIENZA al respecto. Señala él:

Tú (*i. e.*, GARCÍA AMADO) [...] tiendes a considerar el derecho como un tipo de realidad semejante a lo que es un libro (en cuanto conjunto de enunciados y de significados). Yo propendo a ver el derecho no (o no sólo) como una realidad *ya dada*, sino más bien como una *empresa*; como la escritura de una novela (para emplear el famoso símil de DWORKIN), o como la construcción de una catedral (como alguna vez sugirió NINO) o como una empresa de navegación (un símil de JHERING) o como la actividad consistente en contribuir al desarrollo y mejora de una ciudad (que alguna vez he utilizado). Creo que con ello se entiende sin más que no considere que el derecho sea algo «que está ahí *afuera* y *cualquiera* puede ver»¹⁷ (137, cursivas añadidas).

Eso sí, es fundamental no perder de vista, en todo instante, que tales metáforas («empresa», «catedral», «ciudad», «novela») han de tomarse apenas como lo que son, una *lejana* analogía llamada ahí a título de ilustración literaria. Importa precaverse, antes que nada, de dejarse seducir por cualesquiera de ellas al punto tal de tomárselas demasiado «en serio»: pensarlas ya no simplemente como metáfora, sino asumirlas en

¹⁴ Cfr. *Los juicios de valor* [ref. n. 9]: Sec. C.I.

¹⁵ Cfr. los sitios indicados en la n. 9.

¹⁶ Por cierto, estoy de acuerdo con lo que has señalado en tal sentido [*supra*, a la altura de la n. 10].

¹⁷ Luego [a la altura de la n. 23] recogeré más íntegramente el pasaje de GARCÍA AMADO donde se encuentran estas últimas palabras, las entrecomilladas por ATIENZA.

plena credulidad de *storytelling* disimuladora de cómo funcionan los discursos jurídicos reales (p. ej., de la manera como lo de la «novela» aparece postulado por parte del abogado usamericano al que ustedes no vacilan en plegarse a rendirle vicentianamente tributo de «seriedad» teórica)¹⁸.

Lo del derecho visto como una gran «empresa» tiene algún sentido realista si se acude a esa imagen para poner el acento en hacer ver que el pensamiento jurídico no es una «cosa» pre-determinada y simplemente externa («ahí afuera»), sino algo que se *va haciendo* en la «vida» misma de los discursos de derecho. En las maneras como ese orden de pensamientos es desempeñado verdaderamente, por sus actores profesionales *reales*, se trata ni más ni menos que de: «...una *mezcolanza* indisoluble de elementos teóricos y prácticos, cognoscitivos y creativos, reproductivos y productivos, científicos y supracientíficos, objetivos y subjetivos...» (según la caracterización insuperable de RADBRUCH que no me canso de repetir, ésta que todas las teorizaciones racionalistas acerca de los discursos jurídicos pasan olímpicamente por alto). En cambio, dicha metáfora deja de tener sentido realista en cuanto lo de la «empresa» es entendido, en todo caso implícitamente, como si en cuanto a la construcción de los discursos jurídicos pudiera eso significar que la preside algo así como alguna, o unas pocas bien determinadas, finalidad(es) general(es) con carácter relativamente unitario, de *conjunto* (llámesele «sistema» o como fuere). Esto último significa imaginarse que el pensamiento del derecho se da en alguna manera análoga a como se ordenan las actividades de los negocios llamados «empresas» (propriamente dichas), esto es: las presididas por un dueño o una junta directiva, quienes persiguen ciertos bien determinados fines propios *concretos* (p. ej.: producir mucha cantidad de ciertos objetos y hacerlos accesibles al comercio, o alcanzar el mayor «rating» en programas televisivos, obtener la más alta cifra de ganancias posible, etc.), para lograr lo cual se van produciendo cambios *estratégicos* en el manejo de esos negocios.

Por cierto, el derecho de cada país va cambiando, mas no lo hace ateniéndose a ninguna planificación de conjunto (salvo que se crea en algo así como el Espíritu hegeliano, o acaso su versión luhmanniana, o alguna otra imaginiería de holismo social, lo cual se encargaría de asegurar semejante orden que es en-sí-y-por sí, piensen sea lo que fuere los propios actores humanos de los discursos jurídicos reales). Quiérase o no, las interpretaciones de los juristas consisten en esa gran «mezcolanza» advertida por RADBRUCH. Es verdad que ahí interviene, de todos modos, un amplio núcleo de ideas normativas que se presentan como constantes, en las cuales esa «mezcolanza» se consolida temporariamente para determinado medio social. Hay allí unas *costumbres* mentales de los juristas —técnicamente dicho: ciertos conjuntos de *topoi* jurídicos y unas relaciones

¹⁸ Cfr. *Doxa*, núm. 24 (2001), 165-209 (versión abreviada). La versión completa de ese estudio se publicó en la revista colombiana (Pontificia Universidad Javeriana) *Criterio Jurídico*, núm. 9 (2009-1), 155-258: «El bluff Dworkin. Su rehabilitación del no-saber en la actual Teoría del Derecho (retorno al realismo ingenuo y apogeo del efecto Vicente, lanzados por una reencarnación más del Prof. Beale)» (<http://revistas.javerianacali.edu.co/index.php/criteriojuridico/article/view/326/1170>). Por cuanto concierne en especial a la modalidad *storytelling* en que ese autor presenta al pensamiento jurídico a modo de «novela», *vid.* el § 5 en cualquiera de esos dos sitios. Aclaración: si bien de examinar la categoría ius-«novelas» como modalidad doctrinaria general dominante en la teoría del derecho se ocupa también mi estudio señalado en la n. 4 (*supra*), por mi parte lo hago ubicándome justamente en las antípodas de las disimulaciones-embellecimientos concebidas al respecto por dicho autor [cfr. la «Aclaración» ubicada al final del § 2 en ese estudio mío].

normativas estables entre buena parte de estos (todo ello proveniente de leyes, doctrinas, jurisprudencia, etc.)— que normalmente esos locutores profesionales aceptan, en ese medio. Pero tal o cual porción normativa de la «mezcolanza» consolidada puede llegar a variar en cualquier momento: nuevos preceptos oficiales, nuevas aplicaciones doctrinarias, etc. Sólo que, ¡no se puede saber de antemano *cuál* será la porción que cambie, ni tampoco en *qué* vaya a quedar modificada entonces! No es dable detectarlo sino *a posteriori*, cuando la modificación esté ahí; ya sea porque hay unos cambios expresamente introducidos sobre ello en las propias disposiciones oficiales (textos de leyes, decretos), o bien porque se venga a llamar la atención sobre situaciones ante las cuales ahora se ponga en duda cómo entender unas disposiciones aplicables que hasta entonces no habían sido objeto de conflictos de interpretación a ese respecto.

Cualquier interpretación jurídica —ya sea de un solo precepto o de cierta combinación entre varios— constituye, como toda comunicación lingüística, algo así como una «apuesta», por parte de quien la presenta, a que los interlocutores (digamos los jueces de un tribunal) entiendan de la misma manera que el proponente las formulaciones en juego. Tales «apuestas» resultan exitosas por lo general, pues en el círculo de locutores correspondiente es normal que sus miembros manejen muy igual o muy parecidamente un gran conjunto de «códigos» mentales semánticos, ciertos hábitos lingüísticos, de modo tal que lo expresado por un miembro (ajustándose espontáneamente a algunos de esos códigos) es comprendido de manera bastante similar por quienes lo escuchan (ajustándose espontáneamente a esos mismos códigos). Cuando esto no ocurre así, sea por los factores mentales que fuere, la «apuesta» correspondiente falla, en grados mayores o menores.

Ni más ni menos que esto último, unas «apuestas» fallidas, son también los conflictos de interpretación entre juristas. Entonces algunos códigos que en la mente de unos juristas funcionan para ciertas maneras en que su pensamiento procesa tales o cuales porciones del universo lingüístico llamado «derecho», en cambio *no* funcionan de la misma manera en la mente de otros juristas, pues estos últimos manejan ciertos códigos que son un tanto diferentes para aplicar a la situación jurídica considerada; todo ello sin perjuicio de que para muchas otras situaciones jurídicas sí coincidan los códigos manejados por ambos grupos, lo cual inclusive puede ocurrir acudiendo a alguno(s) de aquellos códigos sobre cuya eventual aplicación no se está de acuerdo con respecto a aquella primera situación.

En eso mismo consisten los desacuerdos entre ustedes dos sobre qué *topoi* jurídicos corresponde aplicar para resolver los casos judiciales examinados en vuestro debate, como asimismo el señalamiento de las pautas interpretativas de orden doctrinario general que vinculáis con dichos casos tomados allí a título de ejemplo en tal sentido. Contemplado realísticamente, se trata de un no-encuentro entre ciertos «códigos» lingüísticos a que se atiene tu mente y algunos otros a que se atiene la mente de Manolo, siendo imputados respectivamente por cada uno de ustedes (como también por otros locutores jurídicos que comparten unos u otros de esos códigos mentales) al proteico término general «derecho». Tales suertes de des-encuentros entre códigos lingüísticos imputados a dicho término, vale decir, las «apuestas» de comunicación fallidas que se desempeñan en los juzgados y en la academia del derecho, son pan de todos los días en las controversias entre juristas.

Cada parte, desde luego, entiende disponer en su mente de los códigos lingüísticos «verdaderos» para arribar a la o las interpretaciones «verdaderas», las jurídicamente «correctas», de los textos jurídicos invocados. O de todas maneras, si por acaso se admite (aunque no es nada usual) que podría haber más de una interpretación «correcta» para algunas situaciones, aun entonces cierto código tenido por «verdadero» sin más —*i. e.*, aquel en que cree quien lo asume como tal— permitiría al menos descartar como *evidentemente* no-verdadera (o jurídicamente no-correcta) tal o cual interpretación sostenida ahí por otros juristas (*i. e.*, cualquiera de ellas que se aparte de las dos o tres admitidas entonces como «posibles» por uno mismo). Así, en cuanto concierne específicamente a vuestro debate, se trata sobre todo de suscribir (Manolo) o de impugnar (tú) ciertos códigos interpretativos invocados como propios para componer lo identificado mediante la etiqueta «ponderación»: tú no admites como «posibles» sino ciertas pautas semánticas, al menos para esos casos considerados por ustedes, mientras Manolo señala como más adecuadas ciertas otras.

**8. ¿CÓMO CONOCER LOS «LÍMITES» DEL «DERECHO» POSITIVO?
[II]: NATURALISMO LINGÜÍSTICO Y, CON BASE EN ÉSTE,
LA PRESUPOSICIÓN DE QUE EXISTE UN «SISTEMA» JURIDICO
(...CONFIANDO EN PODER LOCALIZAR ESTA OTRA CUADRATURA-
DEL-CÍRCULO)**

Si en vuestra discusión se tratara sólo de hacer ver que respectivamente os gustan más ya sea los procedimientos discursivos llamados «ponderación» o algunos que no se ubican bajo esa etiqueta, y con respecto a los unos o a los otros os preocupara simplemente identificarlos diferencialmente de alguna manera, no tendría yo en principio mayor cosa que objetar. Y me hubiera dado especialmente por contento (en cuanto a mi propios intereses de conocimiento) si por acaso, además, vuestra respectiva opción personal entre estos procedimientos hubiera venido fundamentada, en la medida de lo posible, mediante observaciones *empíricas* de racionalidad *instrumental*, esto es: determinar también para qué fines *concretos* «sirve» mejor acaso lo uno o lo otro, ¡de hecho!, por la presencia ahí de tales o cuales factores conductuales reales comprobados (o comprobables) de las prácticas judiciales correspondientes.

Mas vuestra presentación del asunto, aunque muy cuidadosa en cuanto a deslindar minuciosamente unos *topoi* de principios jurídico-argumentativos que en efecto son empleados en las instancias judiciales, empero aparece basada en, y dirigida hacia, el esfuerzo intelectual por hallar claves capaces de justificar la creencia en una inveterada cuadratura del círculo: la postulación de que puede haber unos criterios propiamente *objetivos*, ya sean unos u otros, para dirimir los conflictos de interpretación entre los juristas. [Digo «objetivos» en el sentido siguiente: no porque unos u otros intérpretes consideren apropiado *llamarle* así a sus opiniones (¿habrá quien no lo haga para las pautas que él mismo acepta?), sino solamente en tanto en cuanto los criterios enunciados sean susceptibles de acreditación *inter-subjetiva* en el círculo de locutores de referencia, señaladamente para dirimir importantes contradicciones en cuanto a las soluciones específicas que se proponen en casos *concretos*. Vale decir, que ahí no venga

a tratarse al fin de cuentas de ingeniárselas en menear unas fórmulas vacías, ciertos comodines retóricos que *en la práctica* imputan tanto tirios como troyanos a sus respectivas soluciones propias (p. ej.: ¿habrá algún jurista que no considere como debidamente «rationales» o «razonables» las sostenidas por él mismo, junto con colegas que piensen de la misma manera?).

Sí, se ve que ambos confiáis en estar al tanto de cómo localizar alguna cuadratura del círculo para diferenciar *a ciencia cierta* entre qué está y qué no está *dentro* de los «límites» del derecho, aun allí donde los propios juristas profesionales no consiguen ponerse de acuerdo sobre ese «qué» para tales o cuales casos concretos. Ustedes dos discrepan, eso sí, en cuanto a *cuál* sería esa localización y con qué sea dable encontrarse allí: se refieren, respectivamente, a regiones distintas de esos mundos geométricos donde anidan las certezas lingüísticas supraconvencionales. Manolo está muy convencido de poder conocer los círculos cuadrados en donde residen los valores últimos *evidentemente* «rationales»; de modo que, recurriendo a tales o cuales entre ellos, según los casos, sería dable proceder a una objetiva «ponderación» que proporcionará *la* respuesta «correcta» para solucionar las contradicciones entre principios jurídicos. De tu lado, aun cuando desde tiempo atrás has dejado en cueros la presunta «objetividad» de dicho procedimiento en particular¹⁹, no obstante confías en que existe un cuadrado circular donde estarían localizados los «límites» objetivos pre-establecidos como sentidos «posibles» del derecho aplicable. Por más que al respecto se producen no pocos desacuerdos entre los juristas profesionales, tú entiendes que, al menos en algunos casos (como éstos examinados por ustedes dos), bien puede acontecer que las soluciones jurídicas sostenidas ahí por un grupo de juristas están *evidentemente* «afuera» (p. ej., ciertas pautas que invoca Manolo) de tales límites, pues «adentro» no podrían quedar sino ciertas soluciones como las sostenidas por otro grupo de juristas (p. ej., las que tú opones a lo sostenido por él).

La raíz y el alcance de estas discrepancias, como tantas otras entre juristas, a mi juicio radican en claves que operan de otras maneras, por cierto muy pero muy distintas a lo que piensa cada uno de ustedes dos sobre ello. A diferencia de lo que parece pensar tú (si no te he entendido mal), no veo que nadie haya podido detectar —ni en la teoría ni en la práctica— alguna suerte de criterio canónico, ni explícito ni implícito, capaz de permitir reconocer *de antemano* qué esté *DENTRO* de los «límites» de lo llamado «derecho» y qué no, allí donde hay disputas *efectivas* al respecto entre operadores prácticos de esta profesión. Dicho sea de paso, ése es también el error cardinal de LUHMANN (uno de tus autores favoritos, si no me equivoco), quien despista acerca de ello mediante una terminología que es todavía muchísimo más abstrusa y engañosa. En efecto, las teorizaciones de ese autor, como las de muchos otros, dan *apriorísticamente* por pre-supuesto que, simplemente atendido al hecho de que en el lenguaje se usan unos *sustantivos* que son diferenciables entre sí como tales: «derecho», «moral», «política», «economía», «cultura», etc., *necesariamente* [¡¡!!] esto conllevaría que de *ESO* (términos diferentes) se colegiría que también las respectivas esferas de *referentes* prácticos conforman ni más ni menos que *UN* «sistema» propio bien determinado cada una, quedando así perfectamente delimitadas entre sí.

¹⁹ Cfr. J. A. GARCÍA AMADO, *El derecho y sus circunstancias*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, esp. §§ 6 a 8, 2010.

Al darse cita ideas muy variadas, aun entre los propios juristas profesionales, sobre *QUÉ* «entra» y qué no «entra» bajo el multicolor término «derecho» o «jurídico», al menos tratándose de no pocas entre las aplicaciones prácticas al respecto sobre las cuales ellos discrepan, resulta que nadie puede saber a ciencia cierta —salvo para tipos de situaciones muy comunes cuya legitimidad «jurídica» o bien su anti-«juridicidad» nadie cuestiona como tales— *QUÉ límites* concretos haya entre lo que unos gusten llamar «sistema» jurídico y éstos mismos gusten llamar su «entorno» (de acuerdo con esta despistante terminología de LUHMANN). Según unos juristas, la respuesta jurídica X está «dentro» del «derecho» (un llamado «sistema», corolario de la ingenuidad lingüístico-naturalística en cuanto a esa palabra); para otros, está «afuera». En la realidad, digan lo que digan unos compuestos discursivos como los de jerga luhmanniana acerca de estos asuntos (tales o cuales *stories* al respecto puestas en claves de *systemtelling*), u otras variedades de iusnovelaciones teóricas, lo cierto es que existen tantos «derecho» de contenidos *DIFERENTES* y hasta opuestos entre sí (para el mismo país), y tantos «entornos» respectivos no menos diferentes entre sí, cuantas sean las interpretaciones discrepantes que surjan en cuanto al primero. En definitiva: «derecho» o «sistema jurídico» es un *homónimo*, muy elástico, para una infinidad de costumbres lingüísticas que no tienen ningún «límite» *general*, sino unos «límites» tan variables como lo sean las maneras de «ver» producidas realmente por sus grupos de intérpretes al respecto²⁰. No constituye eso ningún «sistema» (salvo recurriendo a esta palabra de modo latísimo: *cualesquiera* suertes de relaciones).

Semejantes credulidades son ni más ni menos que productos mentales del común *naturalismo lingüístico*²¹, con su habitual *pendant*: «La Superstición del Único Significado Verdadero» (RICHARDS). En el plano de las comunicaciones reales, cada uno de dichos términos es imputado a un variopinto conglomerado respectivo de especies de discursos y de conductas relacionadas con éstos. Son especies entre las cuales, en el seno de cada uno de dichos conglomerados, el aludido por la respectiva etiqueta, entre ellas guardan unas escalas de «parecidos de familia» (WITTGENSTEIN), siendo las relaciones entre unas y otras bastante laxas y variables. La unicidad de la *denominación* tiende a esconder muchas de las más decisivas heterogeneidades internas entre sus referentes, y tanto más cuando la disimulación de ellas es remachada por el espejismo

²⁰ Mi crítica se refiere a las concepciones donde al utilizar la palabra «sistema» se presupone que cabe usar este término en sentido no primordialmente *metafórico* para caracterizar al derecho (y a las estructuras sociales en general). En otros sitios he ofrecido explicaciones sobre lo básicamente engañosas que suelen ser las aproximaciones «sistémicas» para las ciencias sociales. Vid. *Metodología jurídica irreverente* [ref. *supra*: n. 6], 231-254 («La ilusión de venir a detectar unos “sistemas”») y 325-327 (Suplemento); en *Metodología (realista) del Derecho* [ref. *ibid.*], estos sitios corresponden a las pp. 569 y 672-675; tales desarrollos fueron retomados también, con ciertas variantes en la presentación y unas ampliaciones, en E. P. HABA, *Entre tecnócratas y «wishful thinkers»*. *La visión «misionera» de las ciencias sociales*, Granada, Comares, 2010, 76-98 («Ilusión, en las ciencias sociales, de proceder a detectar unos “sistemas”») y 111-112 (Supl.); mi versión inicial de esa crítica se encuentra en «Semiótica ilusionista y semiótica desencantadora», *Doxa*, núm. 23 (2000), 561-596 (allí esp. §§ 7-8: 577 y ss.). Vid. también, por cuanto hace particularmente a la confusionista (¡y escapista!) metodología pergeñada por LUHMANN, las aforísticas observaciones que al respecto presento en «La opción capital...» [ref. *supra*: n. 4]: § 2 (allí la digresión: «Un ejemplo: La vertebral falta de referentes empíricos *netos* —bien diferenciables como tales— en los discursos del tipo “sistémico”-luhmanniano») y a la altura de las nn. 52-53. Tengo escrito un examen mucho más amplio sobre la falta de transparencia y el carácter mistificador de términos claves de dicha metodología, pero no sé si tendré oportunidad de llegarlo a publicar.

²¹ Cfr. en alguno de los sitios siguientes: *Rechtsstheorie*, 1996, *Habermas Sonderheft*, 279, n. 4; *El espejismo...* [ref. *supra*, n. 11], t. I, 26; *Metodología (realista)*... [ref. *supra*, n. 6], t. I, 90, a la altura de su n. 5.

lingüístico de dar a entender que tal denominación implique inclusive una supuesta unicidad de «sistema».

EL «derecho» no existe —como fenómeno de dimensiones reales— sino en tanto en cuanto tales o cuales cosas son llamadas así en las *mentes* de los locutores que «resuelven» al respecto y de quienes reciben sus efectos prácticos. Mas resulta que, en esas mentes, mucho de lo que se percibe como *conforme* al «derecho» según unos, se entienda como no-conforme a él según otros. Fuera de la innumerable y constantemente variada totalidad de todos esos «unos» más todos esos «otros», no hay «conforme» o «no-conforme», salvo ciertos trazos homónimos en el papel o los sonidos orales correspondientes. En definitiva: qué sea y qué no sea «conforme a derecho» —en el mundo social *REAL*— se determina según las variadas costumbres lingüísticas al respecto, entre las cuales hay también no pocas contradicciones. Cuando hay acuerdo sobre qué sea «conforme»... ¡pues lo hay! En las demás situaciones, para unos es «conforme» X (diferente de Z) y para otros lo es Z (diferente de X).

* * *

Si bien ATIENZA no irá, supongo, tan lejos como yo en la crítica a la idea de «sistema» jurídico (entiendo que, p. ej., se toma bien «en serio» los simplismos de DWOR-KIN), me parece que en este extremo está más cerca de percibir la realidad que tú. Ello por cuanto él no deja de señalar: «yo no concibo al derecho simplemente (o fundamentalmente) como un *sistema*» (137 *in fine*, cursiva mía). En cambio, aun cuando no aclaras si los «límites» en que tú piensas conllevan que cuanto está *dentro* de esos «límites» constituya o no un «sistema» (ni en *qué* consistiría éste como tal), la circunstancia de que creas poder determinar semejantes «límites» hace que la puerta quede abierta a entender que sí puedan calzar ahí «adentro» unos aparatos de novelación conceptualista, como las disimulantes entelequias de LUHMANN o las de FERRAJOLI u otras imagerías de ius-semánticas basadas en moldes de tipo «sistema». [Por cierto, ATIENZA no suscribe sin más lo de la mitología logicista formulada por ALEXY. Si bien, contrariamente a ti, Manolo ha señalado tener gran afinidad en general por las idealizaciones de este último autor, empero guarda la prudente reserva de no afiliarse a la estratagema de pseudociencia consistente en disfrazar los razonamientos de «ponderación» bajo ese espejismo de falsa precisión, el lanzado al presentarlos mediante unas supercherías de numerificación sistematizadora; más, él rechaza en general la pretensión de «algoritmo» para esos razonamientos (21 y ss.).].

También tú eres víctima, al parecer, de una cierta inocencia lingüística de ese tipo: presuponer que, necesariamente, *UN* sustantivo = *UN* contenido inequívoco propio (naturalismo lingüístico). Ya me he referido a tus palabras en cuanto a los «significados posibles» como «límite» para cuanto sea dable (según tú) entender «con *propiedad*» una «aplicación del *derecho*» (130). Por eso, si resulta que «de hecho» hay jueces que entiendan como «posibles» jurídicamente otros significados que los reconocidos como tales por ti, con respecto a unos casos jurídicos planteados, sostienes que esos intérpretes —vale decir, quienes no se atengan a lo que tú y quienes sean de tu misma opinión estimen que cabe aún dentro de los «significados posibles» ahí—: «NO están aplicando *derecho*», sino *otras* especies (*no* «jurídicas») de criterios. Dices:

Lo que sostengo es que cuando la regla que aplican contra la norma jurídica derrotada no está explicitada en otra norma jurídica que pueda hacerlo, los jueces no están aplican-

do *derecho* (cursiva del autor), aunque desde el punto de vista moral, político, económico, etc., podamos considerar loable el comportamiento de ese juez jurídicamente desobediente (126).

Es verdad que abundan los contextos de comunicación donde puede ser inconfundible —intersubjetividad— *qué* se impute a alguno de esos sustantivos en especial —«derecho», «moral», etc.— y no sea dable imputarlo a otros de éstos. Pero no menos verdad es que en ciertos contextos de comunicación diferentes, ahí los contenidos asignados a unos y otros de estos términos se presentan entrelazados, se intersecan, sin que haya reglas lingüísticas consensuadas que determinen (intersubjetivamente) cuál de las distintas posibilidades siguientes sea aceptada por los locutores (ya sea todos éstos o una parte de ellos sí y otros no): ¿el significado X pertenece solamente al «sistema» A o pertenece solamente al «sistema» B o pertenece a ambos, o pertenece parcialmente (y cuáles «partes») tanto A como B, o...? Salvo cayendo en naturalismos lingüísticos como el de LUHMANN u otros esencialismos, y así también ése que parecieras sustentar incluso tú con respecto al término «derecho», la asignación de significados no puede dar cuenta sino de la existencia de usos lingüísticos *REALES* de la palabra en cuestión. Ninguno de éstos es ni más ni menos «posible» que los demás. *TODOS* esos usos dan en algún «verdadero» sentido usual de dicho término, por más contradictorios que algunos de ellos puedan ser entre sí. Y de ahí que, como con toda razón advierte ATIENZA: «...la noción de “interpretación *posible*”, como en general la de “*límite del derecho*”, que cada uno de nosotros tiene, *NO* sean del todo coincidentes» (138 *in limine*, cursivas mías).

Se puede considerar, desde luego, que unos usos sean más *CONVENIENTES* que otros. Mas eso no es simplemente una *quaestio facti*, sino que presupone una *quaestio juris*. Significa que en cuanto a esta cuestión se presenta como básica la pregunta clave que ni tú ni Manolo distinguen: ¿se trata, tal «conveniencia», de un juicio de valor *categorico* o de uno *instrumental*²²? Y en este último caso: ¿cuáles serían las pruebas, o al menos algunos buenos indicios, que acrediten la existencia de ciertos *HECHOS* (relativamente generales, o unos más bien particulares pero muy ilustrativos) que hicieren plausible —¡inductivamente!— tal tesis valorativa?

Al parecer confundes una cuestión *TERMINOLÓGICA*, no menos multívoca que las palabras empleadas al respecto, con algo así como un sistema de reglas como el del ajedrez, o en todo caso con algo bastante aproximado a ello: la existencia de un universo lingüístico bien determinado como conjunto, netamente circunscrito en sus límites como *tal*, lo cual circunscribiría bien *definidamente* cuanto constituya *EL* juego «derecho» en general. En efecto, estás presuponiendo una hipotética firmeza de la distinción *GENERAL* entre «candidatos» positivos (los «posibles») y «candidatos» negativos (*todos* los «no posibles») a ser «piezas» de *ese* juego: el conformado por las normas que serían «propriadamente» pertenecientes al *Quid* «derecho».

Tal vez tiene razón ATIENZA al advertir que: «Tiendes a considerar el derecho como un tipo de *realidad* semejante a lo que es un libro (en cuanto conjunto de enunciados y de significados)» (137, cursiva mía). También estás suponiendo, agregó yo, que todos los contenidos de ese libro puedan conformar algo así como un «sistema» de

²² *Supra*, n. 9.

meta delimitación entre su «adentro» y su «afuera», como lo fantasea la terminología de LUHMANN. Con esto último concuerda también la afirmación tuya de que:

«el derecho es lo que está ahí *afuera* y *nada más* que lo que está ahí afuera y *cualquiera* puede *ver*». Mas *NO* lo sería, en cambio, lo señalado por «quien mantiene que también es derecho *algo* que está “más allá” de lo que ahí fuera *todos* vemos y, porque lo vemos todos, a todos nos ata por igual» (131 y ss., cursivas mías)²³.

A decir verdad, no me queda claro si lo afirmado en esta última transcripción entiendes sostenerlo tú mismo o si acaso lo invocas a modo de un ejemplo por el absurdo. Sea como fuere, lo cierto es que sólo con base en una afirmación semejante, o alguna bastante similar, es posible sostener, como al parecer piensas tú, que existe *UN límite NETO* entre lo que *ES* y lo que *no* es «derecho», aun a pesar de que «de hecho» unos (tú) y otros (así Manolo) «ven» tal límite ubicado en extremos que no coinciden entre sí.

Mal que le pese a la doctrina jurídica corriente, como también a metadoctrinas como la de LUHMANN, lo llamado «derecho» vigente en cada país no es *UN* sistema de lenguaje bien determinado, sino un conjunto en buena parte indeterminado (no sólo con vaguedades, sino inevitablemente lleno de «texturas abiertas») de juegos de lenguaje laxamente relacionados entre sí, muchos de los cuales son a su vez entendidos de distintas maneras —más o menos antinómicas— por sus operadores prácticos. Ese «límite» a que tú te refieres, no existe como *TAL*, ni siquiera semánticamente, si nos fijamos en las prácticas lingüísticas aplicadas ahí. Como tampoco son intersubjetivamente detectables como «límites» aquellas pautas, todavía muchísimo más vagas, que propone ATIENZA: «La vinculación del juez no es sólo a la letra de la ley, sino a sus *razones subyacentes*» (106, cursivas mías).

* * *

Pues sí, vuestra discusión sobre cuáles sean los criterios —unos u otros— bastante *definidos* (no digo que necesitarían serlo 100 por 100) para establecer «límites» entre lo que es y lo que no es «derecho» me parece vana, y por demás insoluble, en el plano teórico *cognoscitivo* propiamente. Mas en modo alguno dejo de reconocer que lo *pensado* como «límites» al respecto puede eventualmente producir unas consecuencias *PRÁCTICAS*, según qué *CREA* en tal sentido el operador jurídico llamado a resolver: «*Situations that are defined as real...*» (teorema de THOMAS). Según cuáles sean los axiomas definitorios que se manejen (ya sea expresa o implícitamente), y sobre todo en cuanto éstos fueren concebidos como definiciones «reales»²⁴ (la presuposición más

²³ Tómese en cuenta también la referencia que a las palabras iniciales de este pasaje efectúa ATIENZA [*supra*: a la altura de la n. 17].

²⁴ Cfr. G. R. CARRIÓ, *Notas sobre derecho y lenguaje*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1965, 123-125 (puntos 4 y 5); allí con referencias a SAN AGUSTÍN, T. D. WELDON (*The Vocabulary of Politics*), H. KANTOROWICZ (*The Definition of Law*) y especialmente a la conocida obra *Definition* de R. ROBINSON [ese librito, rotundamente excepcional frente a la carencia de tomar en cuenta unos conocimientos elementales sobre naturaleza del lenguaje en que suele incurrir la enorme mayoría de los estudios en teoría del derecho que dominan la escena de esta disciplina en la actualidad, después pasó a formar parte de una obra más extensa, que lleva el mismo título, donde se recogen también otros trabajos (de alto interés ellos también) pertenecientes al mismo autor; en su 3.ª ed. (1986), el pasaje mencionado se encuentra en las 117-120]. Sobre las «definiciones reales» puede verse también *Metodología (realista) del Derecho* [ref. *supra*, n. 6], t. III: § 51.3 (503 y ss.) y Tema 8-Apéndice B.1 (566 y ss.). Dicho al margen: ¡cuánto más es dable aprender, en cuanto a la «lógica» *real* de discursos como los desempeñados por los operadores jurídicos (y también los de la política, la moral, la política, etc.), en exá-

común), ellos conducirán a que la *cabeza* del locutor jurídico se oriente ya sea de unas o de otras maneras para «descubrir» —así lo piensa él— cuál es la solución jurídica «verdaderamente» *correcta*, esto es: entonces se cree saber qué dice «verdaderamente» la letra, cuáles son las razones «verdaderas», etcétera.

Así es cómo esa «verdad», ahí, viene a ser ni más ni menos que lo que cada locutor —y su grupo de afines— piense que es tal. Este orden de candideces viene impulsado, al menos en parte, por dichas creencias, poco importa lo fabuladoras que ellas sean (naturalismo lingüístico, esencialismos). Claro está, no puede haber datos *empíricos* susceptibles eventualmente de llevar a «falsar» semejantes ideas, una vez que son creídas. Esto por la sencilla razón de que, como en todo pensamiento esencialista, tales convicciones *NO* dependen de percepciones capaces de falsar el tipo de «verdad» —*INMANENTE*, por definición— de esas formulaciones. Sólo sería dable «derrotarlas... *de hecho*», si acaso...

9. FUNDAMENTALES FALTAS DE DISTINCIÓN ENTRE LOS PLANOS DE ENFOQUE. LA IMPRONTA ESENCIALISTA

Después de todo, mis reparos principales frente a vuestros planteamientos, en el fondo se sustentan en que *esos* modos (esencialismos, «novelas de conceptos», «fórmulas vacías», etc.) de encarar las cuestiones jurídicas hacen que, al fin de cuentas, no sea posible *diferenciar* bien *QUÉ* se procura indagar específicamente.

Para efectos prácticos, *qué* sea «derecho» se revela por datos de orden *EMPÍRICO* (tal como traté de aclararlo en el numeral anterior): son unos grupos de usos lingüísticos dados de modo *efectivo*. Pero es claro que, si de lo que se trata es de *VALORAR* unos u otros de tales contenidos discursivo-empíricos, el asunto no queda resuelto mediante dicha descripción simplemente. No digo que estos dos planos no hayan de combinarse entre sí. Más aún, reconozco que por lo general es necesario hacerlo, de unas u otras maneras, para tratar las cuestiones jurídicas. Lo que me importa subrayar, es que una cosa significa combinarlos, mas otra, muy distinta, no llegar a *distinguirlos* entre sí. Justificar tal in-distinción porque es cierto que ambas clases de elementos de juicio están «juntos» ahí, viene a ser algo así como, digamos, pensar que no vale la pena tomar el cuidado de medir por separado el ancho y la altura de una superficie, para calcular esta última.

En vuestra discusión, ambos planos suelen aparecer indiscriminados. Por ejemplo, cuando dices:

Yo no afirmo que *de hecho* no sean las normas jurídicas *derrotadas* en la decisión de los jueces a veces. [...] [No obstante:] Sencillamente, *no ES* derecho todo lo que *de hecho* derrota a las normas jurídicas, ni siquiera todo lo que nos gusta que las derrote en tal o cual caso (126, cursivas mías).

¿De *qué* se trata ahí? Lo que estás entendiendo *así* por «normas jurídicas» o «derecho»: ¿es eso una *descripción* empírica de ciertos hechos lingüísticos (intersubjetiva-

menes como ése de CARRÍO y en las advertencias generales básicas de VAZ FERREIRA [ref. *infra*: n. 32], que por tomarse «en serio» unas *storytelling* como las que están de moda hoy para los estudios en teoría del derecho!

mente diferenciables de otros) o es una *definición* estipulativa o es una *recomendación semántica* (ya sea intersubjetivamente manejable o es más bien intuitivo-personal) o es un criterio *contrafáctico* de valoración o es...? ¿O será que, también para ti (como, al parecer, para ATIENZA), carece de importancia —tanto teóricamente como para la práctica jurídica— tomar en consideración tales diferenciaciones? [Aclaro: no pretendo afirmar que sea indispensable efectuar todas esas distinciones o algunas de ellas, y aun otras, para examinar atinadamente *toda* cuestión de las ciencias sociales, ni siquiera entre las de orden jurídico; pero considero que a menudo sí lo es, especialmente para las que suelen plantearse en teoría del derecho (lo es, justamente, para «des-indiscriminar» aspectos cruciales de vuestra controversia como los señalados en mi Comentario anterior y aquí mismo).]

Pues sí, lo de elevar la discusión hacia el nivel de unos supuestos criterios *GENERALES* unívocos para resolver tales cuestiones es lanzarse a buscar alguna cuadratura del círculo bajo ese nombre, «derecho», y tanto más si acaso uno cree que hasta haya logrado encontrarla. Tal parece ser el caso por parte de ustedes dos, aunque el cuadrado de uno no coincida con el del otro. Pero no, no existen ni pueden llegar a existir criterios para dirimir que sea *EL* «derecho» en general. Únicamente se llegan a conformar numerosos criterios «locales» (por así decir) que constituyen, respectivamente, ciertos consensos efectivamente en vigor —¡provisoriamente!— con respecto a tipos *ESPECÍFICOS* de problemas jurídicos, de generalidad limitada. En cambio, no sólo Manolo sino también tú terminan cayendo en unos *esencialismos*²⁵ acerca de qué *es* «derecho», como ya tuve oportunidad de adelantarme a decir en el numeral anterior.

Al parecer, has confundido una determinación que es antes que nada (¡aunque no exclusivamente!) *TERMINOLÓGICA* —convencional, pues— con algo así como una determinación *ONTOLÓGICA*. Retomo tus palabras: «*Sencillamente, no ES* [¿empíricamente u «ontológicamente»?] *derecho* todo lo que *de hecho* derrota a las normas jurídicas...». ¿Qué entiendes significar ahí con el término «es»? ¿Quieres tal vez decir que eso es obviamente, palmariamente, indudablemente... reconocible *ASÍ*, por «esencia» o algo por el estilo? O bien, ¿de qué otra manera sería reconocible *ello* mismo? ¿Será que de veras existen unas pautas de reconocimiento indubitables, evidentes sin más («esencias» o lo que fuere), para reconocer qué sentido inmanente tiene *cada* norma o conjunto de éstas —no sólo si hay consenso al respecto, sino aun si *NO* lo hay entre los propios juristas—?

* * *

Al parecer, tú estás dispuesto a contestar afirmativamente esa última pregunta [conforme a los pasajes tuyos (130²⁶ y 126²⁷), transcritos más atrás acerca de en dónde residirían los «límites»]. Vale decir que, según tú, los sentidos lingüísticos «posibles» que reciba la palabra «derecho» no se determinarían mediante ciertas contingentes *CONVENCIONES* (más bien tácitas casi siempre) de usos de la palabra en cuestión; los cuales pueden ser, no sólo bastante indeterminados en parte, sino inclusive antinómi-

²⁵ Cfr. *Metodología jurídica irreverente* [ref. *supra*, n. 6], 204-211 («Esencialismo»); o *Metodología (realista)*... [ref. *ibid.*], 450-459 y 531; un examen mucho más amplio al respecto es el Tema 8 (*Esencialismo y «naturalezas jurídicas»*) presentado en el t. III (CD) de esta última obra.

²⁶ *Supra*: § 5 *in fine*.

²⁷ *Supra*: en el presente numeral.

cos unos frente a otros. Si fuera como señalas tú, habría algún *MET*acartabón, *SUPRA*empírico —vale decir: ¡no «derrotable» *en sí mismo* por «hechos»!— cuyo conocimiento permitiría saber *cuáles* entre los usos que tiene «*de hecho*» ese término son los que cuajan con el verdadero «*ES*» de él mismo, y *cuáles NO*.

La diferencia clave entre lo que piensas tú y lo que cree ATIENZA sobre qué *ENTRA*, y qué no entra, dentro de la gran esfera semántica «propiamente» de la palabra «derecho» consistiría, pues, en que tú sí sabes cómo identificar netamente ese *ES*: *qué* significados son «propiamente», de veras, «posibles» como «derecho» en relación con determinada cuestión jurídica. Mientras que, según tú, Manolo no se referiría a ese *ES propio*, sino a unos elementos de juicio que *no pertenecen realmente* al *ES* de dicho término; estos elementos constituirían antes bien atributos propios de otros *ES*, ajenos a cuanto conforma *propiamente* el área de significados de la palabra «derecho». Ergo: aquellos juristas que conocen de veras *ese* «es», ellos sí saben a ciencia cierta que tales o cuales significados *NO* son «posibles» jurídicamente, a pesar de que no falten juristas (p. ej., Manolo) que los aceptan como bien «posibles» ahí.

Si es verdad esto que señalas tú, los significados «posibles» serían, pues, unos sentidos necesariamente *inmanentes* (llámeselos o no «esencia») a la propia palabra «derecho», fijados por ésta *misma*, digan lo que digan los «hechos» discursivos —así cualesquiera eventuales «derrotas» de *esos* significados— desempeñados por alguna parte de los propios juristas al utilizar esa palabra. Puesto que, según tú, ciertos significados que los jueces imputan «de hecho» a ciertas normas *NO* son «posibles» como entendimiento de ellas mismas, los verdaderamente «posibles» en tal sentido no serían sino *OTROS* significados entre cuantos se dan de hecho. Serían estos últimos sentidos, ¡nada más ellos mismos!, lo capaz de establecer y revelar «propiamente» cuál es la frontera *verdadera* («límites») entre: *a*) los usos *de hecho* que sí se ajustan al *ES* de la palabra «derecho» (esos que sabes identificar tú); *b*) cualesquiera otros usos *de hecho* que llegue a recibir esa palabra (p. ej., unos que está convencido de poder identificar Manolo), frente a los cuales dicho «es» se mantiene inmune (como toda esencia) por más que sea «derrotado» en la realidad social.

Así terminas avalando tú también, quiéraslo o no, la legitimidad intelectual de recurrir a unas peculiares «intuiciones» (por así llamarles) lingüísticas acerca de qué *es* y qué no *es* «derecho». Digo *peculiares*, aunque no sean exclusivamente tuyas, pues no son testables por vías de conocimiento empírico-*intersubjetivas* acerca de cuáles son los usos lingüísticos efectivos aplicados ahí; habrá juristas que compartan intuiciones lingüísticas como las tuyas, otros no. En todo caso, ellas no son controlables en grado mayor que la inefable «racionalidad» y demás a que se remite ATIENZA. En ambas posiciones, por más que sus enunciaciones se contraponen *semánticamente*, esta contraposición queda basada en lo que cada cual cree poder reconocer respectivamente como esencia de *EL* «derecho», sean cuales fueren los multiformes y en buena medida antinómicos usos que «de hecho» (lo dices tú mismo) recibe o pueda recibir esta tan lábil etiqueta lingüística.

* * *

Pero, ¿no será que no son ustedes, sino antes bien yo quien confunde los planos de examen? No sé si considerarías del caso replicarme así, más o menos: «El “es” a que

yo [*i. e.*, tú] entiendo referirme, no es del tipo *quaestio facti* sino una *quaestio juris*. Por tanto, nada más lógico que reconocer que *tal* «es» no pueda ser «derrotado» más que «de hecho», pero jamás experimentará «derrotas» que sean «propriadamente» de «derecho» [las entrecorridadas son formulaciones literalmente tuyas]. Desde luego, así resulta imposible —¡por definición!— que tal postulado fuera acaso puesto en jaque ni siquiera en caso de ser distintas, o hasta contrarias, cualesquiera prácticas lingüísticas que *de hecho* desempeñen muchos o pocos locutores, sean éstos cuales fueren, y ni aun en caso de que éstos últimos son reconocidos como juristas profesionales en el ejercicio de tales desempeños.

En efecto, ni la afirmación de esencias ni los juicios de valor categóricos son cuestionables en razón de *hechos* producidos. Si uno o muchos hechos no se corresponden con la esencia «percibida» por sus creyentes o con tales juicios de valor... ¡tanto peor para los «hechos»! Quiere decir, lo reconozco, que mi propia argumentación (la presentada hasta aquí) es pertinente sólo en la medida en que el «es» que tú planteas fuera susceptible de ser sometido a procedimientos de falsación empírica, al menos en parte; vale decir, haciéndolo mediante unos niveles de examen dirigidos a verificar ciertas *quaestio facti* que se esté dispuesto a reconocer como *DECISIVAS* al respecto. Esto último bien cabe cuando estamos ante unos juicios de valor que se entienden como *INSTRUMENTALES*; no así, claro está, ante unos juicios de valor vistos como categóricos (si bien estos últimos intervienen aun en el seno de aquéllos, en calidad de bases últimas)²⁸. Quiere decir que, únicamente si afirmaciones como las tuyas o las de Manolo *NO* se entienden como una «pura» *quaestio juris*, y por añadidura asumida como juicio de valor *categórico*, sólo entonces habría *algo* para «testar», aun si esto consista en unas regularidades discursivas (partiendo de la base de que éstas han de ser empíricamente comprobables). Ahora bien, ¿cuáles podrían ser esos «algo»?

Para que fuera viable cierto control *empírico*, en cuanto al «es» que afirmas, tendrías que estar en condiciones de mostrar la existencia de criterios intersubjetivamente reconocidos en el gremio de los juristas en cuanto a «re-conocer» en forma indubitable (o poco menos) qué «es» *derecho* y qué no lo «es», cuando las respuestas jurídicas al respecto proporcionadas por unos de aquéllos se contradicen con las de otros dentro del círculo de locutores jurídicos considerado. Dudo mucho que a tu alcance, ni al de nadie, esté la posibilidad de exhibir tales patrones *INTERSUBJETIVOS* —o sea, a modo de «es»— tratándose de los conflictos de interpretación «vivientes» en las prácticas judiciales (...en caso de que sí puedas, ¡adelante!). Aunque yo simpatizo más con contenidos que asignas a tu «es» que con las maneras cómo asigna otros ATIENZA, no puedo dejar de reconocer que los tuyos son no menos lingüísticamente «opinables» que los de Manolo, vale decir, tan «significados *posibles*» los unos como los otros. En cuanto, al parecer, tú no estás dispuesto a reconocer esto último, vuestro debate queda planteado, en definitiva, entre dos esencialismos: el tuyo y el de él, cuyos respectivos «es» lingüísticos pueden llevar a inferencias prácticas dispares frente a casos concretos dados. Muy bien lo ejemplifican, justamente, esos casos invocados por ustedes. Un esencialismo linguo-naturalista (por tu lado) frente a un esencialismo axiológico-cognitivistista (por el lado de Manolo).

²⁸ Sobre la crucial diferencia entre estas dos categorías fundamentales de juicios valorativos, *cf.* los sitios ya mencionados en la n. 9.

10. ¿CÓMO CONOCER LOS «LÍMITES» DEL «DERECHO» POSITIVO? [III]: APROXIMACIÓN REALISTA ANTE ESA CUESTIÓN

El reconocimiento de unos «límites» para lo que en un medio social se considere «derecho», en la medida en que un intérprete jurídico crea *sinceramente* en ellos, éstos no pueden ser otros que aquellos que los procesos de aprendizaje de su propia socialización lingüística (la académica y la extraacadémica) han introyectado en la mente personal de ese jurista, así como en las de muchos otros colegas suyos... ¡mas no en todos estos por igual! [Eso sí, entiendo referirme a lo que en otro sitio he llamado las interpretaciones jurídicas de «buena fe», esto es, solamente cuando este intérprete mismo *crea* de veras lo que está afirmando (y, por supuesto, no estoy pensando en deficientes mentales, ni en personas desconocedoras del idioma o de la especialidad en juego, u otras circunstancias por el estilo). Es ése el caso normal en las discrepancias entre juristas. No por ello niego que también pueden tomar la palabra ahí unos intérpretes de «mala fe»: el abogado que alega «cualquier cosa» en favor de su cliente, el juez «presionado», etc.; mas no es *tal* tipo de situaciones lo que examino aquí, ni creo que sea lo encarado en el debate entre vosotros²⁹.]

No niego, por cierto, que la *semántica* del derecho es una «realidad», pero ella es principalmente de orden mental: consiste en los proteicos conjuntos de ideas —que abarcan tanto múltiples coincidencias como múltiples discrepancias al respecto— que son *PENSADOS* como «derecho», por unos y otros locutores, en infinitas *variedades* de contextos. En todo ello abundan las regularidades, pero también caben muchas *Irregularidades* (si bien son menos éstas que aquéllas), en planos semánticos y en los de las pragmáticas lingüísticas correspondientes. De ahí que sólo en unos sentidos metafóricos, o en todo caso no poco indeterminados para establecer sus contenidos específicos, puede decirse que *ESO* constituya algo así como un «sistema»³⁰, o sea como fuere algo bien distintamente fijado de manera global. Nunca de antemano, sino únicamente en virtud de comprobaciones prácticas *a posteriori* es dable detectar cuáles sean las regularidades y cuáles las irregularidades en el uso de los discursos jurídicos («límites» y demás), pero siempre de manera que no puede ser sino provisional.

Nada de lo señalado quita que semejantes «límites» no suelen depender de algo así como unos caprichos personales de cada operador jurídico. Se trata más o menos de unos extremos que el intérprete considerado asimila porque los manejan también aquellos grupos de locutores con los cuales su pensamiento profesional se identifica. Todos o la mayor parte de los operadores de unos juegos lingüísticos llamados «derecho», en un país, coinciden habitualmente en reconocer tales o cuales «límites» para muchísimos usos de este término. Pero no menos real es que esos locutores vienen también a *no* coincidir al respecto, para grupos significativos de ellos mismos³¹, en cuanto a otros usos lingüísticos de los manejados en sus discursos jurídicos. De ahí que tanto tú como Manolo estarán de acuerdo en cuanto a *UNOS* «límites», pero *NO* en cuanto

²⁹ Para la distinción entre ambas clases de intérpretes, *cf.* E. P. HABA, *Tratado básico de derechos humanos*, t. I (*Conceptos fundamentales*), San José (C. R.), Juricentro, § 18.III, 1986 («interpretaciones creíbles e intérpretes de “mala fe”»: 268 y ss.).

³⁰ *Vid.* los sitios indicados *supra*, n. 20.

³¹ Es lo que sucede, tan comúnmente, cuando la discrepancia se produce entre juristas «de buena fe» [*supra*, a la altura de la n. 29].

a otros, frente a casos dados [cfr. las líneas de ATIENZA (138 *in limine*) recogidas más atrás: § 4 *in fine*].

Las discrepancias efectivas aparecen diluidas al encararlas como susceptibles de resolver en los «cielos» semánticos de unas afirmaciones de principio *generalísimas*, pues al presentarse ellas de semejante manera no pueden sino ser de lo más ubicuas. Sus verdaderos alcances no van a ponerse claramente de manifiesto sino en usos *CONCRETOS* de los términos en cuestión, tal como ocurre en vuestra discusión acerca de esos casos judiciales. En efecto, las discusiones sobre qué *ES* «derecho» no tocan «tierra» sino en cuanto se examinan tales o cuales problemas *específicos*. Entonces nos encontramos con que los criterios al respecto empleados para responder a unas cuestiones jurídicas específicas difieren de los empleados para otras; incluso puede pasar, como en vuestra disputa, que tales desacuerdos lleguen hasta a versar sobre si algunos de esos criterios son o no son «propia» del «derecho» positivo para lo examinado ahí —«propia», esto es: como si eso pudiera depender de algún criterio absolutamente definido con aplicación *todo-general* (¡ilusión de geometrismo!) en la materia—.

Si nuestros exámenes no hacen «rancho aparte» con respecto a cómo los discursos jurídicos funcionan en la práctica, la pregunta acerca de qué «es» *derecho* no será susceptible de ser contestada sino mediante un señalamiento esencialmente tautológico: «derecho» *ES todo* lo que *ES* «derecho». Este «es» no puede significar, realísticamente, ni más ni menos que lo siguiente: «derecho» es cuanto sea *visto*, ¡de hecho!, como «derecho», por parte de unos u otros grupos de locutores *de carne y hueso*. Y si se quiere restringir un tanto esta generalidad absoluta, podría estipularse que, para efectos de identificar la actividad jurídica profesional, los sujetos tomados en consideración como capaces de «ver» *ESO* son grupos significativos de quienes desempeñan tal actividad especial. Mas aun así no habrá más remedio que registrar tanto acuerdos como desacuerdos entre éstos mismos, cuando sea cuestión de aplicar ese término a unas u otras cuestiones prácticas realmente discutidas en los tribunales. En este último caso, cada grupo de quienes se pronuncian contradictoriamente al respecto identifica a *SU* propio modo cuáles sean los contenidos de la categoría «jurídico». De modo tal que, en los hechos, tan «derecho» es lo señalado por unos como lo señalado por otros de esos locutores; surgen ahí contradicciones análogas a tantas de las que son bien frecuentes también en los usos de muchos otros términos. Significa que, en definitiva, la búsqueda de una definición *GENERAL* unívoca de qué «es» *derecho* carece de toda importancia práctica —aun en el muy (¡pero muy!) hipotético caso de que pudiera encontrarse tal definición sin que consista en una fórmula vacía, o poco menos—.

11. A MODO DE CONCLUSIÓN: PRESENCIA DE UNOS ELEMENTOS DE REALISMO, PERO SECUNDARIOS Y DE CONFIGURACIÓN IMPRECISA, EN MEDIO DE LA PSEUDO-OBJETIVIDAD DISIMULADORA EN QUE CONSISTEN LAS SIBILINAS FÓRMULAS LLAMADAS «PONDERACIÓN»

Para concluir, y con independencia de los detalles (muchos de ellos iluminadores, esencialismos aparte) sobre los cuales se centra vuestra discusión, me tomaré la libertad de señalarte aforísticamente mi propia opinión sobre modelos de razonamiento-

«ponderación» como los propugnados por ALEX Y ATIENZA. Esa opinión mía debe mucho a los estudios tuyos sobre eso, inclusive este último, mas tengo la impresión de que ella no se agota en lo señalado por ti. Creo haber logrado emanciparme de modo más radical que tú de toda concesión a considerar el asunto principalmente en unos planos que nada más (o sobre todo) son apenas *INMANENTES* —*i. e.*, unas u otras «no-velaciones» teoréticas— a cómo funcionan las aproximaciones más habituales acerca de las cuestiones jurídico-doctrinarias: o sea, el centrarse en tratar sobre éstas mediante elucidaciones anidadas principalmente en tal o cual «cielo de los conceptos».

Mas no por eso dejo de reconocer que, aun en medio de toda su neblinante fanfarria de instrumentos conceptuales en claves de falsa precisión³², esos pedantes expedientes de formularios denominados «ponderación» contienen también un ingrediente de realismo, el cual no suele hacerse presente en el razonamiento doctrinario sobre las cuestiones jurídicas de «principios». Si bien se mira, es de advertir que el llamado principio de «idoneidad» no es otra cosa que un juicio de valor *instrumental*, racionalidad de medios (empíricos) con arreglo a fines (postulados axiomáticamente). Sólo que ahí ello aparece introducido sin presentarlo de la franca manera en que supo formularlo WEBER³³, y en definitiva ocupa entonces un lugar secundario en medio de aquel despliegue de procedimientos de contenido ambiguo. Esto último, lo del contenido ambiguo y al fin de cuentas *DECISIONISTA*, es lo que tú has sabido poner netamente sobre el tapete, una y otra vez, en tus estudios sobre la «ponderación» judicial.

Ahora bien, Manolo señala que «ALEX Y nos muestra cuáles son los lugares, los *TÓPICOS*, a los que hay que acudir para resolver conflictos entre derechos o entre bienes» (22 *in limine*, cursiva mía). Quiere decir, me parece, que al fin de cuentas se trataría sobre todo de lo que BERNAL PULIDO ha caracterizado así:

la ponderación *NO* es un procedimiento algorítmico que por sí mismo garantice la obtención de una única respuesta correcta en todos los casos, [...] Si bien no puede reducir la subjetividad del intérprete, en ella [*i. e.*, la ponderación] sí puede fijarse *cuál* es el espacio en donde yace esta subjetividad, cuál es el margen para las valoraciones del juez y cómo dichas valoraciones constituyen también un elemento para fundamentar las decisiones. [...] La gradación de la afectación de los principios, la determinación de su peso (¿matemático?) abstracto y de la certeza de las premisas empíricas y la elección de la carga de la argumentación apropiada para el caso, conforman el *campo* en el que se mueve dicha subjetividad³⁴.

Si hago abstracción de la cuestión del «peso», salvo que este término se entienda en un sentido solamente metafórico, yo no tendría mayor cosa que objetar sustancialmente a tal propósito, aparte la inusitada pedantería —superflua, confusionista: ¡falsa precisión!— con que ALEX Y presenta tales «tópicos» o «espacios». Lo más engañoso es que ello se invoca como si todo eso respondiera a un sistema propiamente dicho (sea o no que se lo presente mediante esta última palabra), señaladamente por ser objeto de unas presentaciones pseudo-«objetivas» mediante el recurso al ocultamiento detrás de ciertas disimulaciones formuladas mediante unas engañosas algebraicas y numerificadoras.

³² Cfr. C. VAZ FERREIRA, *Lógica viva*, Montevideo, Obras de Carlos Vaz Ferreira. Homenaje de la Cámara de Representantes de la República Oriental del Uruguay, vol. IV, 1963 [ed. or. 1910; hay también eds. en Losada, Buenos Aires], cap. «La falsa precisión».

³³ Cfr. los sitios indicados en la n. 9 (*supra*).

³⁴ C. BERNAL PULIDO, «Estructura y límites de la ponderación», *Doxa*, núm. 26, 2003, 225-238, § V (238, cursivas mías).

Si de lo que se tratara fuese apenas de señalar unas opcionalidades como tales, desde luego que bien podría hacerse sin recurrir a semejantes artificios de presentación. En el libro de ESSER sobre los principios jurídicos, por ejemplo, las opcionalidades al respecto son exhibidas de una manera infinitamente más rica, y por cierto sin la «mentirilla» de dar a entender que su tratamiento pueda ser objeto de un procedimiento estandarizado y relativamente seguro en cuanto a determinar *UNA SOLA* solución como netamente más aceptable que tantas otras posibles, en todos o la gran mayoría de los casos donde se invocan «principios».

Recurrir a principios jurídicos y calibrarlos entre sí —optar entre ellos, graduarlos en sus aplicaciones, someter todo eso a razones— es necesario, desde luego, para resolver ciertas cuestiones de derecho. Mas para proceder a ello, eso que tienen necesidad de efectuar los jueces en tales circunstancias, en modo alguno hace falta complicarles la vida sometiéndolos al crucigrama de presentarlo bajo un formulario como el propugnado por ALEXEY. No menos cuando se recurre a unos u otros crucigramas para efectos de presentación (disimuladora) de la fundamentación oficial de su resolución, lo cierto es que se trata de una decisión tomada en virtud de preferencias ideológicas o doctrinarias del propio juez. No digo que esas preferencias sean simplemente «caprichosas», o algo por el estilo, pues no menos cierto es que ellas están de acuerdo con preferencias similares de muchas otras personas, dentro y fuera del gremio de los juristas profesionales. Justamente tal acuerdo, el del amplio grupo de personas que también piensan *así* por haber asimilado una respectiva formación mental similar, es lo que otorga, respectivamente tanto a quienes hagan prevalecer cierta interpretación jurídica basándola en determinados principios como a quienes hagan prevalecer otra interpretando esos mismos principios de manera distinta o recurriendo a principios diferentes, la sensación mental de «objetividad» al respecto. Como no es un sólo jurista, sino muchos entre ellos quienes piensan de *esa* misma manera, la escogida a su vez por el juez «ponderante», éste queda plenamente convencido de la «objetividad» de su propio razonamiento.

El hecho de que acaso otros jueces, y seguramente muchos otros juristas, crean no menos «objetivamente» (a juicio de ellos mismos) en que ahí la «verdadera» respuesta de derecho no es aquella (p. ej., la tuya) sino alguna muy diferente (p. ej., la de Manolo) no inquieta ni a los unos ni a los otros, pues todos ellos por igual cultivan la Supersición del *Único* Significado Verdadero. Al someterse a los vericuetos formulistas de «ponderación» para *presentar* las elecciones interpretativas hacia las cuales se incline quien adopta la resolución final, se saca fuera de foco el hecho de ser ellas jurídicamente optativas; así es como esto último puede quedar oculto hasta ante los ojos del propio juez escogente, quien de tal modo se brinda a sí mismo la «buena conciencia» de resolver como mero *técnico* el asunto en disputa. No pudiendo haber, pre-supuestamente, sino una sola manera «correcta» de organizar los principios jurídicos concernientes al asunto discutido, es obvio que *esa* manera no puede ser a los ojos de cada jurista, respectivamente, sino la entendida como tal por *él mismo* (junto con quienes piensen de la misma manera).

Claro que si los locutores jurídicos estuvieran al tanto de ciertos muy elementales conocimientos sobre cómo funcionan realmente las dinámicas lingüísticas (vale decir, poseer unos conocimientos como de «contra-retórica» y tener siempre muy atenta la

mirada a las dimensiones *pragmáticas* de sus conceptualizaciones), tal vez no caerían tan fácilmente en tales candideces. Mas esto último no es sino una posibilidad muy remota. No calza, ni poco ni mucho, con los adiestramientos intelectuales (esencialmente ius-noveleriles) más firmemente introyectados en los juristas. La *storytelling* llamada «ponderación» no hace sino poner eso de manifiesto una vez más; sólo que lo hace de manera máximamente artificiosa.

Para numerosas cuestiones jurídicas es inevitable, claro está, que los razonamientos desempeñados por los juristas recurran a unos u otros principios de derecho³⁵. Pero la verdad es que sin prescindir de tomar importantemente en cuenta tales o cuales principios jurídicos, bien pueden ser puestos sobre la mesa judicial en formas mucho menos complicadas —y por cierto libres de tanta disimulación formulista— que lo de embarcarse en esa peculiar «máquina de-partir-cabellos» (*Haarspaltemaschine* —JHERING—) denominada ponderación.

* * *

Bueno, aquí pongo *stop*. El asunto da para más, claro está, pero nadie me reprochará «frenarme» en cuanto a la posibilidad de añadir todavía otras cuantas precisiones. Es muy posible que, como dice Manolo: «...la discusión sobre la ponderación —a pesar de la enorme cantidad de páginas que ya se han escrito sobre el asunto— no ha hecho, por así decirlo, más que empezar» (87). En efecto, la cantidad de páginas por añadir promete multiplicar potencialmente lo «enorme» que ella es ya, máxime habida cuenta de que seguramente va a proseguir por el derrotero que ha transitado hasta ahora, el de pasar por encima (*¡más vale no meneallo...!*) de interrogantes como aquéllos hacia los cuales he tratado de dirigir la atención aquí. Sólo que, eso sí, la larga vida que él le augura no creo que lleve, después de todo, a advertir nada sustancial que no hayan tenido ya la perspicacia de señalar ustedes dos, más que suficientemente. Si es cuestión de seguir eludiendo tales interrogantes, debiera bastar y sobrar, digo yo, con este vuestro debate tan minucioso sobre las sutiles tramas que esa especial «novela de conceptos» está en condiciones de hacer jugar en el seno de los discursos jurídicos. Y no hay cuidado... ¡mis sugerencias al respecto caerán en el vacío!*

³⁵ Para el examen analítico de los multifacéticos grandes tipos de usos que el término «principios» recibe en los discursos jurídicos, poniéndolos de manifiesto con base también en (y referencias a) literatura especializada internacional existente desde mucho tiempo atrás sobre ese tema, *vid.* E. P. HABA y J. F. BARTH, *Los principios generales del derecho, según la doctrina internacional y en los tribunales costarricenses*, San José (C. R.), Investigaciones Jurídicas, 2004 (www.libreriaucr.com/catalogo/). El contenido de la Primera Parte de esa obra se encuentra también, en versión algo más amplia, en *Metodología (realista) del Derecho* [ref. *infra*, n. 19], t. III: Tema 7 («Los principios generales y las fuentes del derecho»).

* enriquepedrohaba@gmail.com o ehaba@ice.co.cr o enrique.haba@ucr.ac.cr.



ENTREVISTA

ENTREVISTA A FREDERICK SCHAUER

INTERVIEW TO FREDERICK SCHAUER

Nicoletta Ladavac

Nicoletta Ladavac: *Comencemos pidiéndole que describa su destacada e intensa carrera académica, en particular para recordarnos los momentos más importantes y sobresalientes que le valieron reconocimiento no sólo en los Estados Unidos, sino también en la comunidad académica europea.*

Frederick Schauer: Dejaré que otros decidan si mi carrera ha sido destacada e intensa y que determinen si soy o no reconocido. Pero básicamente no había pensado en ser un académico en absoluto. Fui abogado practicante en Boston, y después de varios años de práctica comencé a darme cuenta de que nunca había suficiente tiempo ni dinero que me permitiera profundizar, como yo hubiera deseado, en los problemas que estaba tratando. Fue en ese punto en el que me di cuenta que estaba destinado a ser un académico y no un «verdadero» abogado de carrera. Sin embargo, siempre he pensado que mi relativamente corta (poco menos de tres años) pero intensa carrera como abogado practicante, con varias intervenciones en los tribunales de primera instancia y de apelación, con casos importantes bajo mi inmediata responsabilidad, además de un considerable contacto directo con los clientes y otros abogados, me ha permitido apreciar cómo funciona realmente el derecho, apreciación que describe gran parte de mi trabajo académico.

En Estados Unidos los juristas académicos típicamente no tienen, y ciertamente no tenían entonces, estudios formales de posgrado más allá del grado básico en derecho. En Norteamérica el grado básico en derecho es un título de grado, y la mayoría de los estudios en derecho son a nivel de grado, pero el punto es que la formación profesional pone poca atención en la genuina investigación académica. Como resultado, los primeros esfuerzos académicos de muchos —incluso quizás de la mayoría— de los juristas norteamericanos están centrados en temas que surgieron durante sus años pre-académicos en la práctica legal. En mi caso, he pasado considerable parte de mi tiempo (más que unos pocos, menos que la mayoría) como abogado trabajando en la defensa de la persecución criminal de la obscenidad y la pornografía. Como consecuencia, mi primer trabajo académico trató sobre las técnicas legales y constitucionales de este tema (*The Law of Obscenity*, BNA Books, 1976), el cual después se amplió a una investigación sobre los tecnicismos y matices legales y constitucionales de la libertad de expresión y de prensa. En ese punto partí a un sabático, a principios de la década de 1970, donde pasé la mejor parte de dos años en Cambridge, Inglaterra, al inicio con el objetivo de escribir sobre las dimensiones más filosóficas y teóricas de la libertad de expresión. Lo que surgió no sólo fue un libro (*Free Speech: A Philosophical*

Enquiry, Cambridge University Press, 1982), sino también mi convicción de que la genuina y creativa independencia académica con frecuencia implicaba desafiar el saber convencional. Por supuesto que a menudo el conocimiento convencional es correcto, y debo decir que tengo poco aprecio por aquellos que lo desafían únicamente por ir en contra y ser diferentes. Pero también es cierto que a menudo el saber convencional está abierto a los desafíos y a los cuestionamientos, pero tales desafíos y cuestionamientos no se presentan simplemente a causa de presiones psicológicas, sociológicas o políticas que hacen convencional al ya convencional conocimiento. En tales casos el trabajo de los académicos está en presentar esos retos; en este contexto, la estabilidad en el empleo cumple la función de que los académicos destacados faciliten dichos desafíos. Y así, en aquel momento, y especialmente en los Estados Unidos, el saber académico convencional sostenía que la libertad de expresión se consideraba un bien trascendente y cuanto más libertad de expresión, mejor sería la sociedad. Pero ese libro, junto a mis escritos de esa época, cuestionaba ese supuesto básico y tomaba a la libertad de expresión como un tema para ser investigado más que como un beneficio obvio que debía ser promovido. Después de todo, el hecho de que los Estados Unidos sea un caso atípico respecto a la fuerza de su compromiso con la libertad de expresión —a menudo, incluso a costa de otros intereses legítimos— sugiere que el enfoque americano es casi incuestionable. Entonces algunas de mis investigaciones llegaron a simpatizar con el principio de libertad de expresión, pero otras estaban decididamente lejos de ello, y considero que este trabajo, que todavía ocupa una parte considerable de mi vida académica, refuerza mi perspectiva de que el trabajo académico serio sigue a la investigación donde ella conduzca, se rehúsa a confundir que algo es valioso sólo porque es mencionado, y reconoce el valor de cuestionar lo que se encuentra ampliamente dado por hecho. En mi caso, esto no sólo me ayudó a hacer lo que creo que siguen siendo algunas contribuciones útiles para pensar la libertad de expresión, sino también a descubrir un estilo académico que congenia con mis metas y con aquellos talentos que pueda tener.

Aunque sigo pensando y escribiendo sobre la libertad de expresión, ahora más bien desde una perspectiva comparada o filosófica que parte de la teoría del derecho —definitivamente no desde la apología del concepto—, comencé también hace algunos años a escribir sobre teoría e interpretación constitucional. De nuevo, intenté alejarme de la modalidad de apología del pensamiento constitucional americano —especialmente del que se manifestó durante las décadas de 1960, 1970 y 1980—, traté de pensar de manera más crítica sobre qué son realmente las constituciones, cómo funcionan, y qué formas de constitución e interpretación constitucional serían útiles en qué lugares, en qué épocas y para qué propósitos. Esto me condujo nuevamente a la visión americana que en ese momento prevalecía; el de ver las virtudes del constitucionalismo a partir de sus normas y de comprender el lenguaje de una constitución de manera más formal o incluso más literal, más bien como un método que tiene como idea central de constitucionalismo la limitación del poder oficial. En los Estados Unidos solía ser común generalizar las decisiones de la Suprema Corte de los años 1950, 1960 y 1970, especialmente concluir que el constitucionalismo y la revisión judicial eran fuerzas necesarias para el bien, lo cual es algo coyuntural dependiendo de los casos particulares, de los jueces particulares y de las épocas particulares. Una vez que reconocemos esto, tal vez comencemos a apreciar a las constituciones como limitaciones a la judicatura así

como al poder oficial, y también a reconocer que sólo pueden servir a este propósito si su lenguaje es tomado seriamente y, con frecuencia, literalmente.

De esta manera, mi trabajo sobre las posibilidades del literalismo y sus (contingentes) virtudes, las de las reglas, así como las del formalismo jurídico comenzaron en el derecho constitucional. No obstante mi, entonces fuera de moda, simpatía con el (con un cierto tipo de) formalismo y con la toma de decisiones basada en reglas me llevaron a considerar estos temas y perspectivas más ampliamente. Lo que surgió fue mi exploración menos centrada en la dogmática jurídica y más enfocada a la filosofía de la noción de regla y de la toma de decisiones a partir de reglas (*Playing By the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision Making in Law and in Life*, Clarendon, Oxford, 1991). A partir de la aplicación de estos análisis explícitamente más filosóficos para el derecho, comencé a desarrollar intereses relacionados —pero en cierto sentido más amplios—, sobre el razonamiento jurídico en general. Procedí a escribir más sobre reglas, pero también a explorar asuntos sobre autoridad jurídica y moral para analizar la idea de toma de decisiones basada en precedentes en contextos jurídicos y no jurídicos, a profundizar en los temas de interpretación jurídica con respecto a ambos estatus y en relación con las decisiones judiciales. En todo ello, no estaba especialmente preocupado por los resultados jurídicos sustantivos, ni en áreas particulares del derecho, sino más bien estaba interesado en los métodos del razonamiento jurídico y en los argumentos que entonces eran (o que siguen siendo ahora) la norma. Parte de este pensamiento se reflejó en un libro sobre el uso de categorías y generalizaciones en la toma de decisiones en general (*Profiles, Probabilities, and Stereotypes*, Harvard, 2003), y otro con una visión más amplia centrado en el análisis de los mecanismos característicos del razonamiento jurídico (*Thinking Like a Lawyer: A New Introduction to Legal Reasoning*, Harvard, 2009), este último libro va dirigido tanto a estudiantes de derecho y abogados como a académicos, y trata ideas académicamente útiles sobre reglas, precedentes, autoridad, razonamiento jurídico del *common law*, interpretación y mucho más.

Recientemente me he centrado más en las persistentes preguntas en torno a la teoría del derecho¹. Y congruente con mi inclinación a desafiar el conocimiento convencional —sin dejar de estar metodológicamente vinculado a ese conocimiento—, desde hace varios años he estado tratando de recuperar la importancia del enfoque de Bentham y Austin, específicamente el lado coercitivo del derecho. Las dimensiones del derecho coercitivas o basadas en la sanción o en la fuerza recientemente han sido sujetas a denigración, en parte como resultado de algunas de las conclusiones de

¹ Hago notar que prefiero usar el término «teoría del derecho» [*Jurisprudence*] al más popular actualmente de «filosofía del derecho». Aunque gran parte de mi trabajo jurisprudencial es filosófico en enfoque y método, y aunque gran parte trata de conectar asuntos del derecho con preguntas persistentes de filosofía política y moral, filosofía del lenguaje, epistemología, y filosofía de la ciencia, me preocupa sobremedida que gran parte de la filosofía del derecho moderna permanece distante de otras formas de analizar de manera más amplia y profunda temas sobre la naturaleza y operación del derecho y, muy frecuentemente, se utiliza al derecho como ejemplo para categorías, conceptos y problemas que responden principalmente a preocupaciones de filósofos. El derecho produce sus propios temas y sus particulares problemas, y desde luego que es importante examinarlos con métodos filosóficos y aprovechar los beneficios que dan las conclusiones de la filosofía. Ahora bien, observando la naturaleza del derecho en los sistemas jurídicos y la singularidad de los temas doctrinales, considero que no es necesaria una labor filosófica, y me inquieta que son muchos los que utilizan el término «filosofía del derecho» como sinónimo de jurisprudencia a efecto de promover teorías del derecho que producirían una lamentable hegemonía filosófica sobre una temática que se comprende mejor cuando se incluye algo más que sólo filosofía.

H. L. A. Hart en *The Concept of Law*, y principalmente por aquellos que han seguido los pasos de Hart. Es muy frecuente en estos días que al hablar sobre coerción y fuerza en los círculos jurisprudenciales se asuma que se ha cometido el absurdo error que Hart afortunadamente corrigió. Pero para mí lo que distingue al derecho de otras instituciones sociales y gubernamentales es precisamente su capacidad para respaldar sus prescripciones con la fuerza y la coerción; incluso si Bentham y Austin estaban equivocados en pensar que esto explicaba todo el derecho, también parece incorrecto creer que explica muy poco. Gran parte de esta perspectiva la he reunido en un libro, *The Force of Law*, publicado por Harvard University Press en 2014.

En todo este programa de investigación, como en mi enseñanza y discurso, trato de no seguir a la multitud y de ver el valor en aquello que quizás otros ignoren o menosprecian. Si puedo hacer esto con claridad de pensamiento, con claridad de exposición, con poca parcialidad y con mucha justicia para las posiciones contrapuestas, entonces sentiré que mi vida académica ha valido la pena.

N. L.: *Sus temas de interés son el derecho constitucional, la prueba, el razonamiento jurídico, teoría y filosofía del derecho y actualmente sus cursos en la Universidad de Virginia son sobre prueba, teoría del derecho y derecho constitucional. ¿Hay algún tema en el que esté más interesado, y cuál de esas asignaturas encuentran más interesantes los estudiantes y por qué motivos?*

F. S.: Estoy interesado en todos esos temas, aunque mis intereses particulares y el peso que ellos tienen naturalmente varían a lo largo del tiempo. De todos esos temas, el de la prueba es de alguna manera el más novedoso para mí, y por tanto es en el que tengo mayor interés actualmente. La prueba es un tema singular, en el sentido de que rara vez existe como asignatura fuera del mundo del *common law*, e incluso en el mundo del *common law* su importancia parece disminuir tal y como ha sucedido con la institución del jurado. Después de todo, Estados Unidos es el único país que conserva al jurado civil en sentido amplio, incluso algunos países del *common law* —Israel y Sudáfrica, por ejemplo— no tienen jurados ni siquiera para casos criminales. De hecho, en los Estados Unidos, el derecho probatorio a menudo se piensa que es poco más que una colección de reglas técnicas con un interés teórico muy limitado. Pero para mí, el derecho probatorio es epistemología aplicada, en él se manifiestan todas las complejidades de la epistemología en el ejercicio de la toma de decisiones prácticas. Así, temas como el papel de las máximas de experiencia y de autoridad, el uso de estadísticas, y la intersección entre las reglas de la prueba y la psicología de la toma de decisiones son de gran importancia dentro y fuera del sistema jurídico formal.

A los estudiantes les suelen gustar los cursos del derecho probatorio, en parte porque el tema parece útil para su futura carrera profesional, y además porque los contenidos y ejemplos son accesibles, dramáticos y en ocasiones entretenidos. También les gusta porque hay respuestas correctas e incorrectas; hay algo alentador en saber que existe un derecho duro, en el sentido de que existen respuestas «reales» a las preguntas que plantea el derecho probatorio. Por el contrario, los estudiantes a menudo se sienten frustrados con el derecho constitucional, especialmente con el que existe en los Estados Unidos. Los estudiantes saben que la asignatura se ocupa de muchos de los asuntos políticos, sociales, culturales, morales y jurídicos más importantes de nuestro tiempo, y saben que el tema plantea muchas de las preguntas más dramáticas relaciona-

das con el poder del gobierno pero, cuando menos en su versión americana (y también en muchos otros lugares), a los estudiantes les parece que el derecho constitucional simplemente tiene que ver con preferencias políticas, morales y sociales, y no sobre derecho «real». De hecho, una de las razones por las que disfruto de enseñar la asignatura es porque se relaciona muy bien, como muchos politólogos han demostrado, con las demandas centrales del realismo jurídico americano, el cual destaca la importancia de perspectivas pre-jurídicas o extra-jurídicas, políticas, sociales, personales, psicológicas y económicas, y en consecuencia, subraya la menor relevancia de las reglas y de la doctrina jurídico-formal. La importancia relativa de estos factores por supuesto varía con el tiempo, el lugar, el juez, el asunto, entre otros, aun con ello, en muchos aspectos las decisiones de la Suprema Corte de los Estados Unidos en temas como la libertad, equidad, privacidad, religión, con el poder ejecutivo, y muchos más, son ejemplos que muestran la fuerza de las reivindicaciones del realismo jurídico. Esto hace que los estudiantes de derecho a menudo se sientan frustrados; no obstante, es importante que conozcan no sólo la toma de decisiones constitucionales en el más alto nivel sino también que sepan que, debajo de ese nivel, suelen existir más reglas y más precedentes que fundamentan la toma de decisiones más allá de lo que ellos se dan cuenta.

Cuando enseñé teoría del derecho, paso la mitad del curso en los temas clásicos: teoría del derecho, positivismo y derecho natural, la obligación (si la hay) de obedecer el derecho, reglas primarias y secundarias, norma fundamental (*Grundnorm*) y reglas de reconocimiento, entre otros. No obstante, el resto del curso trata acerca del razonamiento jurídico, nos concentramos en la función e interpretación de las reglas, en la naturaleza de la autoridad, el uso de precedentes, el realismo jurídico, *common law* versus derecho romano-germánico, y otros temas relacionados. A los estudiantes esto les parece importante para la práctica y teóricamente relevante, con lo cual quedo satisfecho y en ocasiones hasta sorprendido por su buena receptividad. Considero que es un error pensar en la teoría del derecho únicamente como teoría del derecho general —que sería necesariamente aplicable a todos los sistemas jurídicos posibles en todos los mundos posibles—. Ello no toma en cuenta que hay cuestiones teóricas y filosóficas propias de sistemas jurídicos particulares o de familias de sistemas jurídicos y, aunque algunos alumnos describirían esto como jurisprudencia «particular», creo que también es un error menospreciar implícita o explícitamente esta postura. Más allá de si estoy de acuerdo o en desacuerdo con los argumentos de Ronald Dworkin, le aplaudo por la manera en que desvergonzadamente se comprometió en lo que otros menospreciarían meramente como jurisprudencia particular. Así, cuando enseñé un curso de teoría del derecho, trato de resaltar el lado teórico del método jurídico, la toma de decisiones jurisdiccionales y lo que distingue al derecho de otras instituciones sociales o normativas. Para mí, esto es gran parte de la teoría del derecho, y por tanto gran parte de lo que incluyen mis cursos sobre ella.

N. L.: *Usted tiene un amplio y profundo interés en la filosofía del derecho. ¿Puede recordar las razones de estos estudios, cuándo comenzó a interesarse en la filosofía del derecho y por qué? ¿También está interesado en la sociología, en particular en la sociología del derecho, y en la psicología del derecho? ¿Hay alguna conexión entre estos temas?*

F. S.: No tengo en absoluto una formación formal en filosofía, pero creo que cuento con cierta habilidad en el pensamiento y razonamiento filosófico, especialmente en

la dimensión analítica. Así, primero comencé leyendo y aprendiendo sobre filosofía en trabajos relacionados con las dimensiones filosóficas de la libertad de expresión. A partir de ahí mis intereses se han ampliado, y debo decir que estoy enamorado de la visión y de la precisión del mejor pensamiento filosófico. Cuando enseñaba en la Universidad de Michigan en los años ochenta, era parte de un grupo de discusión de filosofía moral («Ethics Luch», como era llamado entonces), después de una de las sesiones el ya fallecido William Frankena, uno de los grandes filósofos morales de su generación, hizo a otra persona el siguiente comentario sobre mí: «Él es un pensador claro». Ese es el mejor cumplido que he recibido.

Especialmente en lo que respecta al derecho, los métodos y visiones filosóficas pueden llevarnos lejos en la comprensión, pero sólo hasta cierto punto. Existen importantes preguntas empíricas y comparativas que no pueden ser respondidas únicamente con herramientas filosóficas. Las intuiciones no son datos. Y es así como me he interesado mucho en utilizar los resultados de la investigación proporcionada por psicólogos sociales y cognitivos. Es importante reconocer que con mucha frecuencia el rigor de los experimentos controlados nos proporciona información que no podríamos conseguir de otras maneras.

También puede ser muy valioso el trabajo no experimental sobre los efectos del derecho, o sobre los factores que influyen en la toma de decisiones jurídicas que realizan economistas empíricos y politólogos empíricos, a menudo también me baso en esas investigaciones. Aun siendo más cualitativa, en teoría se podría decir lo mismo sobre la investigación empírica realizada por sociólogos y antropólogos. No obstante, en la práctica la antropología y sociología en general se han convertido en disciplinas extremadamente politizadas, y esa politización y la consiguiente atención a las controversias políticas y culturales actuales, a menudo se interpone en la perspectiva y perdurabilidad de las contribuciones académicas. Aunque soy consciente de que la observación empírica suele tener una fuerte carga teórica, estoy lejos de renunciar a la distinción entre hecho y valor, entre el «es» y el «deber ser», y entre la descripción (y explicación) y la prescripción. Por tanto, aunque encuentro útiles para las cuestiones que analizo algunas partes de la sociología moderna del derecho, me parece también que otras partes de la sociología contemporánea del derecho son demasiado políticas, o demasiado postmodernas —o ambas—, para mis gustos, creencias y proyectos.

N. L.: *Su producción en la teoría del derecho es muy amplia: más de 130 artículos y ensayos críticos, alrededor de 14 capítulos de libros, también ha editado dos importantes volúmenes de la filosofía del derecho y ha publicado varios libros que han sido traducidos a diferentes idiomas. ¿Cuál de sus muchas obras destacaría y por qué razón? Dos de sus libros son muy significativos para la filosofía del derecho: Playing by the Rules (1999) y Force of Law (2014). ¿Cuáles son sus puntos en común y puede describir la evolución de su pensamiento en la filosofía del derecho en los dos volúmenes?*

F. S.: Creo que mi producción académica —medida en palabras, páginas y artículos, y no en ideas— ha sido amplia en parte por mi inseguridad. Me preocupa que nadie vaya a prestar atención a lo que digo o escribo y, quizás por ello, creo que el volumen de la producción lo podría compensar. Pero también me siento muy afortunado. Recibir un pago por pensar, escribir e incluso enseñar es un gran privilegio, y quiero estar seguro de ganarme tal privilegio.

Estoy orgulloso de todos mis libros, al menos hasta ahora, porque creo que han sido hechos con cuidado, con rigor y desapasionadamente. También estoy orgulloso de ellos porque todos han sido escritos como libros, y no como colecciones de artículos previamente publicados. No todas las ideas merecen libros, y me gusta pensar que mis libros están escritos para aprovechar la forma de un libro, con argumentos amplios y temas continuos. En cuanto a los artículos, tal vez estoy más orgulloso de los que tratan sobre el razonamiento jurídico, incluiría entre otros: «Slippery Slopes» (*Harvard Law Review*, 1985), «Precedent» (*Stanford Law Review*, 1987), «Formalism» (*Yale Law Journal*, 1988), «Exceptions» (*University of Chicago Law Review*, 1991), «Giving Reasons» (*Stanford Law Review*, 1995), «The Limited Domain of the Law» (*Virginia Law Review*, 2004), «Do Cases Make Bad Law?» (*University of Chicago Law Review*, 2006), «A Critical Guide to Vehicles in the Park» (*New York University Law Review*, 2008), «Legal Realism Untamed» (*Texas Law Review*, 2013), y «On the Open Texture of Law» (*Grazer Philosophische Studien*, 2013). Identificar un tema de análisis y reflexión que se desarrolla a través de diferentes temáticas y áreas del conocimiento es algo para lo que creo que soy bueno, y todos estos artículos son ejemplo de ese estilo. Al respecto pienso en *Playing By the Rules* (el título completo es *Playing By the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, Clarendon/Oxford, 1991) más como un trabajo sobre el razonamiento jurídico que como una obra de filosofía del derecho como tal. De hecho, creo que más bien trata sobre el razonamiento con reglas en general, y no sólo sobre razonamiento jurídico con reglas.

En ese libro intenté, sin mucho éxito, redefinir el positivismo ofreciendo un enfoque basado en la visión de Bentham según la cual el positivismo trata más bien acerca de la toma de decisiones sobre la base de un conjunto limitado de reglas atrincheradas y reconocidas, un conjunto más pequeño que el conjunto de cuestiones políticas, morales, económicas y otras consideraciones de política pública aceptadas por la sociedad. Aun creo que esta concepción de positivismo es fiel a Bentham y, más importante aún, captura algunos rasgos distintivos del derecho. Curiosamente, esta concepción del positivismo es la que emplea Ronald Dworkin, aunque difiero con él sobre su precisión empírica. Ahora bien, reconozco que mis intentos de conceptualizar el positivismo de esta manera han tenido poca aceptación.

El tema más amplio de *Playing By the Rules* tiene que ver con la manera en que las reglas funcionan como mecanismos de control y distribución del poder. Estos temas continúan en *The Force of Law* (Harvard, de próxima publicación, 2014), que muestra los intereses más recientes de mis escritos en las dimensiones filosóficas y empíricas en relación con la obediencia al derecho. En cuanto a la obediencia al derecho se han dicho muchas tonterías, a veces normativamente pero más a menudo empíricamente por lo que quise incluir alguna aclaración conceptual muy necesaria. No obstante, lo que persiste en ambos libros es la nada romántica y apologética visión sobre las reglas y el derecho. Tanto las reglas como el derecho hacen que las personas hagan cosas que no quieren hacer, y esto a veces es algo bueno y otras veces es algo malo. Si puedo ayudar a la gente a ver cuándo las restricciones basadas en reglas o basadas en el derecho son buenas y cuándo no lo son, entonces ambos libros habrán sido un éxito.

N. L.: *En el ámbito del derecho ¿qué clase de jurista se considera a sí mismo?*

F. S.: Hace algunas décadas Robert Summers observó que ha habido un abuso y mal uso de los términos «positivismo» y «derecho natural», y que tal vez sería mejor descartarlos por completo. Recientemente John Finnis y Joseph Raz han dicho cosas similares. Y aunque pienso que hay una verdad importante en el positivismo tal como lo entendió y etiquetó Bentham a principios del siglo XX, me sumo con gran simpatía a lo que dicen Summers, Raz y Finnis, no sólo porque los términos «positivismo» y «derecho natural» han sido utilizados para referirse a cosas tan distintas que han terminado por cambiar su sentido, sino también porque fomentan la tendencia a etiquetar teóricos en uno u otro bando, como si fueran los equipos competidores en la final de la Copa Mundial. Así, aunque probablemente sea el caso de que tenga más en común con los etiquetados como «positivistas» que con aquellos que llevan la etiqueta del «derecho natural» —más con Bentham que con Aquino— me gusta pensar que mis aportaciones mantienen trazos de todos ellos. Ahora bien, tal y como Aquino y Bentham reconocen el derecho es un fenómeno distinto y es ese fenómeno social el que trato de comprender. De cierta manera eso me convierte más en un positivista, pero no más de lo que debo ser.

N. L.: *¿Cuál ha sido su principal contribución a la teoría del derecho?*

F. S.: Tal vez eso lo deberían responder otros. Pero si me preguntas, probablemente tiene que ver con ayudar a comprender la naturaleza de las reglas, en ayudar a entender otros estilos característicos del razonamiento jurídico y de la argumentación (como el precedente, el uso de criterios de autoridad, la carga de la prueba, la diferencia entre *common law* y derecho romano-germánico, etcétera), además de tratar de entender qué distingue al derecho *qua* derecho de otras instituciones sociales, de otras instituciones gubernamentales, y de otros mecanismos de control social. Niklas Luhmann definitivamente estaba en ello al tratar de identificar y explicar las características definitorias del derecho. El derecho existe como una profesión diferenciada sociológica, procesal y normativamente en la mayoría de los países desarrollados, y me temo que gran parte de la teoría del derecho contemporánea no ha enfocado su trabajo académico a analizar lo que ello significa y cómo deberíamos entenderlo. Y cuando la teoría del derecho contemporánea aborda la naturaleza de la diferenciación del derecho (que definitivamente no es una delimitación rígida²), lo ha hecho de una manera muy poco satisfactoria. Creo que, si puedo aportar a ese esfuerzo, tendré una buena contribución.

El enfoque en mis más recientes escritos sobre el papel de la fuerza, las sanciones, la coerción, y la obligación en el derecho es parte de este proyecto de tratar de identificar y explicar la diferenciación del derecho. Coexistimos en un entorno en el que hay muchas reglas, normas y prescripciones y, a menudo, estas reglas, normas y pres-

² Es un error suponer que la diferenciación implica establecer los límites o la existencia de fronteras nítidas que no se superponen. Como gran parte de la investigación contemporánea sobre la vaguedad y los problemas *sorites* han demostrado que las fronteras borrosas son parte del mundo que habitamos, y parte de aparatos conceptuales que usamos para describirlo. Que hay casos poco claros del derecho y de la falta del derecho, y que la línea entre el derecho y la ausencia de derecho es difusa y cambiante. Esto no significa que el derecho, tal como existe en la realidad, no se diferencia de manera importante de otras instituciones sociales, culturales y prescriptivas.

cripciones son parte de un sistema más grande en el que hay, para usar la terminología de Hart, reglas primarias y secundarias. Pero en algunos aspectos esta caracterización puede describir y explicar no sólo el derecho, sino también la mafia, una asociación de fútbol, o la organización de la mayoría de las familias. Es inmensamente importante ver cómo el derecho se parece a estas y otras instituciones similares «no-jurídicas», y puede ser igualmente importante observar cómo el derecho difiere de ellas. De esta forma, enfocando la dimensión coercitiva del derecho y la manera en que el derecho puede monopolizar el poder coercitivo del Estado es como podemos avanzar en la importante y enorme tarea de explicar y teorizar sobre la diferenciación del derecho.

N. L.: *¿Quiénes han sido sus maestros y qué autores han influenciado mayormente su obra y por qué?*

F. S.: Estudié teoría del derecho con Lon Fuller aunque su influencia fue poca. Esto probablemente más por culpa mía que de Fuller, aunque creo que en esa etapa de su vida estaba demasiado amargado por el hecho de que el mundo de la teoría del derecho parecía haber tratado mucho mejor a Hart de lo que lo había tratado a él. Recientemente he apreciado mucho más la visión de Fuller. Y también lo han hecho otros, incluyendo a David Dyzenhaus, Leslie Green, Kristin Rundle y Jeremy Waldron. Fuller no era un pensador riguroso o un filósofo dotado naturalmente, pero sin embargo tenía una visión profunda e importante sobre cómo operaba el derecho, acerca de para qué era bueno el derecho y sobre qué tareas sociales serían mejor realizadas por otras instituciones. Y «*The Case of the Speluncean Explorers*» continúa siendo una obra maestra de la comprensión de los estilos o modelos en la toma de decisiones judiciales, un esfuerzo aún inigualable en visión y encanto después de más de sesenta años.

Fuller fue mi primera introducción a la teoría del derecho, pero desde entonces otros autores han tenido más influencia en mi pensamiento. He sido influido por la claridad de Hart y por su distinción básica entre reglas primarias y secundarias. He admirado el rigor lógico de Kelsen, y la perspectiva elemental de la norma fundamental. La audaz creatividad de Bentham y su intransigente estilo tiene mucho que decirnos, así como la importancia de comprender al derecho desde afuera y con poca simpatía por los precedentes. También he aprendido mucho de la iconoclasia de los mejores realistas americanos, así como del hecho de que sus afirmaciones empíricas crudamente expuestas han sido confirmadas por recientes y sofisticadas técnicas de investigación empírica. Y la lista podría ser mucho más larga. Estoy orgulloso de no ser miembro de ninguna-escuela, y de haber aprendido tanto de muchas.

N. L.: *¿Puede describir su relación con Hart, Llewellyn y Fuller? ¿Y con Raz y Dworkin?*

F. S.: He encontrado ideas muy valiosas en todos ellos. De Hart he aprendido sobre el componente empírico/fáctico de la última regla del reconocimiento, componente que diferencia a Hart de Kelsen y su norma fundamental; esta aportación de Hart resulta importante para la comprensión de las transiciones jurídicas modernas y para la fundamentación última, no jurídica sino fáctica, de cualquier sistema jurídico. También he adoptado ideas brillantes del análisis de Hart sobre la dimensión sistémica del derecho, así como de la unión de reglas primarias y secundarias, etc. También es importante la noción de «punto de vista interno», aunque debo decir que no es exclu-

sivo de Hart³, además de que no tiene el potencial explicativo sobre la naturaleza del derecho que Hart y otros piensan. Llewellyn es para mí el más reflexivo e importante de los realistas. Su más reciente trabajo (*The Common Law Tradition*, por ejemplo) no fue suficientemente reconocido porque se apartó del realismo fuerte de sus primeros escritos, pero el enfoque de Llewellyn acerca de la interacción entre las normas, la doctrina, y diversos factores institucionales, personales y profesionales sigue siendo relevante y en gran medida correcto. Fuller fue un intérprete magistral del enfoque instrumental de gran parte del derecho americano y de la toma de decisiones judiciales, y sus escritos sobre el lenguaje jurídico y las ficciones jurídicas, aunque a menudo desarrollados con un enfoque menos analítico del que me gustaría, son muy poco apreciados. La idea de razones excluyentes de Joseph Raz continúa siendo profundamente importante, aunque, como he discutido en *Playing By the Rules* y en otros lugares, se comprendería mejor si también se incorporan las «razones incluyentes», y tendría que entenderse así para permitir la exclusión parcial o presuntiva, aunque no absoluta. Por su parte, Ronald Dworkin, incluso más que Fuller, brinda la mejor relación descriptiva y explicativa sobre la fenomenología judicial —de cómo lo judicial se mira desde la perspectiva del juez— y cómo interactúan factores jurídicos y no jurídicos. De hecho, aunque pienso que Dworkin tal vez sea descriptivamente inexacto en su explicación de cómo lo jurídico se intersecta con lo no jurídico, y aunque incluye lo que llamo lo no jurídico dentro de lo jurídico, el hecho mismo de haber identificado esa intersección es propiamente algo sumamente influyente. También creo que su explicación del positivismo en *The Model of Rules* es, desde entonces, la explicación analítica más importante e históricamente más precisa del positivismo jurídico, incluso para alguien como yo que piensa que Dworkin está equivocado al considerar, en el sentido señalado, que el positivismo ofrece una imagen inexacta de la naturaleza de la aplicación del derecho y de la naturaleza de la argumentación jurídica.

N. L.: *¿Puede recordar su relación con el positivismo jurídico y el derecho natural?*

F. S.: Como señalé anteriormente, no creo que sea útil dividir a la teoría del derecho en estas categorías. Creo que ambas perspectivas tienen mucho que enseñarnos; considero que tener una perspectiva del derecho necesariamente influida por la moral, como vemos en las propuestas de Fuller y Dworkin, podría ser una perspectiva muy valiosa para un abogado o un juez; de la misma manera, entender el derecho de un sentido más descriptivo —como la mayoría en el positivismo—, es muy valioso para aquellos que se encuentran fuera del sistema jurídico, como podrían ser los diseñadores de instituciones que tiene que decidir cuándo utilizar esquemas de toma de decisión jurídicas y cuándo no.

Si ya estás dentro del sistema jurídico, como abogado o juez, por ejemplo, sería moralmente bueno comprender tu deber de una manera que necesariamente involucre el componente moral. Pero si estás valorando al derecho desde una posición externa, y decidiendo si ser un abogado, o lo que sea que implique participar en la toma de decisiones en instituciones jurídicas o de otro tipo, entonces es importante ser capaz de

³ Se pueden encontrar rastros de esta noción en los escritos de los años treinta de Roscoe Pound, por ejemplo, y un poco después, pero aún pre-Hart, en Arthur Goodhart, predecesor de Hart como profesor de *Jurisprudence* en Oxford. También pueden encontrarse a finales de la década de los treinta *The Theory of Rules* (University of Chicago, Press, 2011) de Karl Llewellyn e, incluso, aparece en una lectura de John Austin.

contrastar moralmente al derecho, en vez de asumir que la ley como el derecho, tiene necesariamente un componente moral. El punto de vista es crucial, como William Twining nos ha recordado más que nadie, y entender que diferentes posiciones respecto al derecho cumplen funciones distintas según los diferentes puntos de vista, tal vez nos ayude a reconocer el valor del positivismo tradicional y el valor de algunos aspectos del derecho natural.

Incluso la cuestión del punto de vista podría ser muy útil para evaluar las contribuciones del realismo jurídico estadounidense, así como a sus predecesores en los escritos de François Geny o el trabajo del *Freirechtsschule*. El realismo jurídico, por ejemplo, puede parecer poco útil desde el punto de vista del juez como Hart y otros han señalado. Pero puede ser sustancialmente explicativo, desde la perspectiva del cliente o de la persona que define un curso de acción a la sombra del derecho, lo que Holmes conceptualizó como la perspectiva del «hombre malo», y de lo que Hart se burló al no reconocer el punto de vista interno.

N. L.: *¿Puede también explicar su punto de vista sobre la interacción entre el derecho y la ética?*

F. S.: Estoy de acuerdo con el positivismo clásico en cuanto a que podemos identificar algo como derecho al mismo tiempo que pensamos que es éticamente incorrecto o incluso malvado. De hecho, hasta los pensadores más destacados del derecho natural, como John Finnis o Tomás de Aquino —según la interpretación de Finnis— sostienen esta tesis, siempre y cuando se acepte la distinción que proponen entre el derecho de los humanos y el derecho en un sentido más profundo o superior. En mi caso veo al derecho como una forma de control y organización social, una que no tiene afinidad necesaria o naturalmente con lo que es moralmente correcto. Como Leslie Green ha insistido en algunas ocasiones, y especialmente en un importante artículo de 2008 en *New York University Law Review*, hay muchos aspectos en los que el derecho y la moral no se pueden pensar como algo separado. Estoy de acuerdo con él, pero también creo (como lo hace Green) que es esencial reconocer la manera en que se identifica a algún sistema como sistema jurídico, y en poder identificar una norma como norma jurídica, sin que sea necesario —ni tendría que serlo— el presuponer que ha satisfecho algún criterio moral. Éste es el núcleo que afirma el positivismo, y creo que está en lo correcto.

N. L.: *¿Qué piensa sobre los derechos morales?*

F. S.: Existen. Pero cuándo el sistema jurídico debería hacerlos cumplir, o si los jueces deben hacerlos cumplir, son cosas distintas, cultural y socialmente contingentes. La gente no está de acuerdo sobre qué derechos morales existen, además de que el derecho tiene una función «conclusiva» que sirve de manera muy importante para la resolución de problemas relevantes, incluso frente a un desacuerdo moral. Gran parte de la obra que he hecho con Larry Alexander subraya esa función conclusiva del derecho, y el papel que cumple el derecho al permitirnos decidir qué hacer frente a un desacuerdo moral profundo. De la existencia de un derecho moral no se sigue la conclusión de que está o debería estar incorporado al derecho, tampoco supone la conclusión de que los jueces deberían hacerlo cumplir, más aún cuando sus perspectivas sobre qué derechos morales existen pueden variar. Los jueces son personas, y una

de las funciones del derecho es garantizar, de manera culturalmente contingente, que los jueces y otras autoridades no tengan demasiada libertad para aplicar sus propios puntos de vista acerca de los derechos morales, que pueden ser contradictorios con el aparato coercitivo del Estado.

Por tanto, aunque algunas prominentes hebras de la teoría del derecho —Hans Kelsen, Jeremy Bentham y los realistas escandinavos—, cada uno de maneras muy distintas, eran escépticos sobre los derechos morales, o al menos (en el caso de Bentham) sobre los derechos distintos a aquellos que podrían ser generados por el utilitarismo, tales perspectivas tienen, en el mejor caso, una relación contingente con muchas de las preguntas importantes de la teoría del derecho. Ahora bien, uno puede creer que existen los derechos morales sin creer que los jueces y agentes de policía o del derecho deban aplicarlos discrecionalmente, y también uno puede creer que no existen los derechos morales, siempre y cuando aún se crea que el derecho tiene un papel que desempeñar en la preservación convencional (aunque no natural) de la moral. De esta manera, la pregunta de si existen derechos morales puede ser menos importante que el tipo de teoría del derecho que yo y otros trabajamos y que cada vez es más aceptada.

N. L.: *¿Cuál es el papel de los valores en la teoría del derecho?*

F. S.: Las teorías del derecho pueden ser descriptivas o prescriptivas. Los valores juegan un papel en las teorías descriptivas, porque los valores determinan qué es importante de lo que pensamos. Julia Dickson, siguiendo las ideas de algunos trabajos de Joseph Raz, ha tenido gran influencia al desarrollar esta idea. Pero podemos, así como Dickson y yo creemos, describir y explicar el fenómeno social, incluyendo al derecho, de una manera que está en gran parte, aunque no completamente, impregnada de valores morales. Y ésa es una función útil para la teoría del derecho. La gente también puede ofrecer opiniones acerca de qué debería ser el derecho, o qué deberían contener los sistemas jurídicos, desde luego que esta tarea inevitablemente implica hacer elecciones valorativas. Pero no toda la teoría del derecho debe ser de esta variedad.

N. L.: *¿Es legítimo imponer a través del derecho valores morales?*

F. S.: En algunos momentos y en algunos lugares, sí. De hecho, el derecho típicamente hace esto cuando prohíbe el asesinato, el robo, el fraude y similares. Podríamos discutir sobre qué valores morales debería imponer el derecho, pero la noción de que el derecho no impone o no debería imponer valores morales es casi incomprensible. Siempre que el derecho prohíbe o sanciona conductas, ya sea que haga un juicio moral directo —como las prohibiciones de violación o robo— o un juicio sobre alguna política pública, estos juicios a la política pública se transforman, en sí mismos, en juicios morales. La razón de que una política pública se considere mala para eliminar los residuos tóxicos en ríos, por ejemplo, parte de que existe un valor moral en la preservación del medio ambiente o, simplemente —desde una perspectiva utilitarista—, de que hay un valor moral que maximiza el bienestar público agregado, la felicidad, la utilidad, o algo así, pero sigue siendo la imposición del derecho lo que en última instancia reivindica al juicio moral.

Hay, por supuesto, debates en curso sobre la imposición de la moral por el derecho. Pero éstos se comprenden probablemente mejor como los debates que siguen los

problemas del capítulo uno de *On Liberty* de John Stuart Mill. La gente debate sobre si el derecho debería imponerse ante supuestamente inofensivas inmoralidades —la desnudez pública y el sexo con animales, por ejemplo— y estos temas son debates serios, como se puede ver en el debate de H. L. A. Hart con Patrick Devlin en la década de 1960. Ahora bien, el debate es interesante precisamente porque no hay debate sobre si el derecho debería sancionar conductas dañinas, a pesar de que la consideración de algo como daño tenga un componente moral, y a pesar de que la idea misma de que las conductas nocivas deberían evitarse, es una idea moral.

Adicionalmente, y para trazar el otro componente del capítulo uno de Mill, la gente también debate sobre si el Estado debería sancionar conductas nocivas que suponen daño única o principalmente al actor —juegos de azar, uso de drogas, fumar, alcohol, etc.—. Son los debates que tienen que ver con el paternalismo, debates que a menudo se enmarcan como debates sobre la imposición de la moral por el derecho. Hay mucho que decir acerca de los argumentos de ambos lados de estas discusiones, pero vamos a avanzar sólo cuando entendamos que el derecho inevitablemente impone a la moral, y que los debates no son sobre si el derecho debería imponer la moralidad, sino qué posturas morales debería imponer, y qué perspectiva moral deberíamos utilizar para determinar lo que ha de considerarse como un daño y lo que no.

N. L.: *¿Puede precisar su posición meta-ética vis-a-vis?*

F. S.: No soy ni un subjetivista ni un relativista. Hay una moral correcta e incorrecta. No creo que la esclavitud y el Nazismo fueran simplemente diferentes, y que no podamos condenar prácticas de mutilación genital femenina, por ejemplo —que son ampliamente aceptadas en algunas culturas o sub-culturas—. Estas prácticas están mal ahora, y siguen estando mal incluso cuando son ampliamente aceptadas en algunas o en muchas culturas.

No ser subjetivista ni relativista sigue dejando abiertas dos áreas de investigación. Primero está la pregunta de cómo el objetivista identifica el bien y el mal. Los objetivistas creen que la moral está fuera de la mente del individuo y fuera de una cultura en particular, lo cual aún deja mucho por decir. Para algunos sería una cuestión de intuición, otros piensan que la razón juega un papel importante, e incluso otros, siguiendo a Wittgenstein creen que la evaluación de lo moral está tan constituida por nuestro lenguaje y prácticas que no podemos ni siquiera imaginar cómo sería de otra manera. Pero dejo a los demás la exploración completa de cómo encontramos nuestros valores morales y de dónde vienen. Éste es el trabajo de una vida, y no es mi enfoque en particular.

Además, una amplia gama de perspectivas éticas/morales caben bajo el paraguas objetivista. En lo particular tengo cierta simpatía con una perspectiva utilitarista sujeta a las limitaciones de la deontología. En algunas perspectivas a esto se le denomina deontología de umbral, pero me parece que una etiqueta más aceptable sería la de utilitarismo deontológicamente limitado.

N. L.: *¿Cree que una teoría del derecho deba tener una función prescriptiva y evaluativa?*

F. S.: No. Hay un papel para la descripción y explicación que es distinto al de la prescripción y evaluación. La prescripción y evaluación son actividades importantes

—de hecho, necesarias— pero también lo es el simple aumento de nuestra comprensión del mundo en que vivimos. El derecho es parte de ese mundo, y ayudarnos a entenderlo y explicarlo es una tarea teórica muy importante, incluso cuando el teórico no prescriba el deber ser de las leyes en particular o del sistema jurídico completo.

Bentham de nuevo es una figura muy interesante. Su visión descriptiva sobre el derecho estaba al servicio de tratar de reformar el sistema jurídico. Con lo cual, incluso el reformador, como precursor de una reforma, puede tener la necesidad de contar con una descripción no evaluativa. Ahora bien, la descripción no evaluativa puede ser importante incluso si no tiene como finalidad una reforma.

N. L.: *De acuerdo con cierto concepto desarrollado por Neil MacCormick, Robert Alexy y otros, hay una teoría del derecho basada en el razonamiento jurídico, llamada también teoría de la argumentación que es muy cercana a la interpretación jurídica, que indica cómo analizar un razonamiento jurídico, cómo debería ser evaluado y cómo la argumentación debería ser correctamente desarrollada. ¿Qué piensa sobre la argumentación jurídica?*

F. S.: Existe todo un género de investigación en la argumentación jurídica con el que estoy vagamente familiarizado. Hay muchos profesionales distinguidos, en gran medida en Europa y América del Sur. Existen diferencias entre los trabajos de la argumentación jurídica realizados desde la perspectiva de la lógica formal, o los que se centran en la retórica (la obra de Perelman y sus seguidores), o en la investigación que atiende a la perspectiva judicial (realismo genovés, por ejemplo), el análisis del derecho y la inteligencia artificial, y muchos otros. Pero, aunque reconozco su importancia, mi trabajo se encuentra en gran parte fuera de cualquiera de estas tradiciones. Ahora bien, si cambiamos ligeramente las palabras, y hablamos más bien de «argumento jurídico», entonces es posible identificar ciertos modelos de argumentación en el derecho que podemos intentar explicar. Esto es lo que he tratado de hacer en gran parte de mi trabajo, especialmente mi obra sobre reglas, autoridad, precedentes, carga de la prueba, presunciones, excepciones y anulabilidad. Y por supuesto que hay buenos y malos argumentos, desde una perspectiva empírica y lógica. La identificación de los malos —las falacias, etc.— es otra función valiosa para la teoría del derecho, pero no es una función necesaria en todas las teorías del derecho.

N. L.: *¿Puede describir brevemente la teoría del derecho anglosajona?*

F. S.: En una palabra, no. El positivismo jurídico en la tradición de Bentham, Austin, Hart, Raz es teoría del derecho anglosajona, como también lo es el realismo jurídico americano, de igual manera lo son los críticos del positivismo como Fuller, Finnis y Dworkin, también lo es el análisis económico del derecho, los estudios empíricos del derecho, y muchos más. Es una gran tienda de campaña, y perdemos mucho más de lo que ganamos tratando de reducirlo a términos simples. Hay por supuesto algunos estilos que, digamos, son más prominentes en Norteamérica que en otros lugares, tales como los enfoques empíricos que utilizan vanguardistas herramientas metodológicas. El uso de la lógica formal al hacer teoría del derecho se ha generalizado en gran parte de Europa y es relativamente rara en el mundo anglosajón de la teoría del derecho. Del mismo modo, hay un enorme interés en Kelsen fuera del mundo anglosajón y un

gran interés en Hart dentro. No obstante, estas confluencias más que por diferencias profundas o intrínsecas, podrían ser mejor explicadas por la sociología, la historia de las ideas o la influencia de distintas tradiciones.

N. L.: *¿Cuáles son, en su opinión, las principales diferencias entre el derecho continental (derecho romano-germánico) y el common law?*

F. S.: En estos días está de moda para los comparativistas hablar acerca de la convergencia entre el *common law* y el derecho continental, sin embargo, esa visión ignora demasiado. La tradición del derecho continental se enfoca de forma más persistente (una cuestión de grado) en la interpretación literal de los textos de lo que ocurre en la tradición del *common law*, a su vez, en la tradición del *common law* (de nuevo una cuestión de grado) la creación judicial del derecho se comprende de manera diferente de lo que vemos en el mundo del derecho continental. Es cierto que los países del *common law* ahora utilizan más los códigos y estatutos detallados de lo que lo hacían en el pasado, y que los países del derecho continental toman con mayor seriedad que en el pasado al poder judicial y a los precedentes, pero aún existen importantes diferencias de énfasis. Esto explica gran parte de los recientes esfuerzos que promueven una teoría convergente del derecho comparado. Por otro lado, es importante no equiparar el derecho continental y sus estilos o el *common law* y sus enfoques con la noción misma de derecho. De hecho, uno de los defectos que Fuller y Hart comparten de diferentes maneras, es la tendencia a generalizar el concepto y la naturaleza misma del derecho desde las características contingentes del *common law*. Esto es un error. La discusión de Hart sobre la validez asume como una característica necesaria del derecho el poder del juez del *common law* para revisarlo en la parte de su textura abierta. Más recientemente teóricos tan distintos como Richard Tur y Richard Posner han argumentado en gran medida en el mismo sentido. Pero al hacerlo están tomando una característica contingente de la aplicación del *common law* y convirtiéndola en una propiedad necesaria del derecho. En gran medida Fuller hace lo mismo cuando habla sobre el propósito y la razonabilidad. Ambos aspectos propios del *common law* y no del derecho. Esto es quizás la razón por la cual el crítico más prominente del *common law*, y quien celebra con más entusiasmo al modelo puro del derecho continental —Jeremy Bentham— proviene de un país del *common law*. Éstas son las diferencias, y estas diferencias todavía se mantienen. Enfocar las áreas de convergencia es útil, pero no deberíamos ignorar las importantes áreas en las que el derecho continental presenta detallados códigos autoritativos, o el énfasis del *common law* en la legislación judicial, cuestiones que marcan importantes y persistentes divergencias.

N. L.: *¿Cree que el concepto de common law es demasiado pragmático para la teoría jurídica?*

F. S.: No. El *common law* es un estilo pragmático e instrumental de establecer un sistema jurídico. Pero no es una teoría del derecho. Sólo es un tipo de sistema jurídico, bueno en algunos lugares, en algunos momentos y no tanto en otros. Aunque tratar de comprender las ventajas y desventajas del enfoque del *common law* es, en sí mismo, un aspecto de la teoría del derecho, al igual que intentar teorizar el pragmatismo que muchos jueces del *common law* presentan al hacer su tarea. Pensar que el pragmatismo es diferente de la teoría es tener una perspectiva demasiado restringida de las tareas que corresponden a la teoría del derecho.

N. L.: *Por otra parte, ¿considera que al concepto del derecho continental le falta pragmatismo al separar demasiado la teoría de la práctica entre los teóricos del derecho y los juristas dogmáticos, abogados y jueces y, al ubicarse en un nivel teóricamente abstracto, carece de influencia de la práctica?*

F. S.: Daría la misma respuesta. El derecho continental tiene un diseño jurídico centrado en un código más que en un método judicial. Pero de nuevo, no existe una conexión necesaria con una u otra teoría del derecho. Y, como en el *common law*, una tarea de la teoría del derecho podría ser tratar de comprender cuándo los modelos de derecho continental (o, como Weber lo diría, tipos ideales) son relevantes y cuándo no lo son.

Sí creo que hay posturas en el derecho que son tan formales o abstractas que no influyen a la práctica, pero ésa es una cuestión diferente. Muchas formas de investigación académica, y ciertamente muchas formas de ciencia pura, no intervienen en la práctica. Tampoco lo hacen la mayoría de las formas de las matemáticas puras. Algunas áreas de investigación académica y teórica sí influyen en la práctica, otras no, pero debe haber espacio en el oficio académico para ambas. En estos días está de moda para los políticos y las personas ordinarias denigrar esas formas de investigación académica y teórica que parecen no dar una recompensa práctica o en el corto plazo. Pero esa parece ser una visión miope del valor del conocimiento, y yo enfáticamente la rechazo.

N. L.: *Debido a su fuerte carácter normativo, la teoría del derecho en los Estados Unidos está profundamente arraigada en la práctica, lo que significa que la teoría normativa del derecho de los juristas estadounidenses está basada en una práctica efectiva de la dogmática, de los jueces y de los abogados. ¿Es esa teoría compatible con una teoría del derecho no normativa?*

F. S.: Sí, podemos tener un informe descriptivo o explicativo de las prácticas normativas de jueces y abogados. Lo que los jueces y abogados *hacen* es normativo, pero puede haber descripciones, explicaciones y análisis no normativos de esas prácticas normativas. Es cierto, como usted sugiere, que hay también un gran consenso en la teoría del derecho que pretende decirles a los jueces qué hacer. De hecho, es probable que haya muchos de ellos en los Estados Unidos. A menudo me gustaría que la teoría del derecho estadounidense fuera más descriptiva y explicativa que normativa. ¡Después de todo, no parece que los jueces estén escuchando! En ocasiones el trabajo académico jurídico influencia la práctica jurídica, ya lo ha hecho en numerosas ocasiones en los Estados Unidos. Pero en la medida que lo que aparece en revistas jurídicas de derecho estadounidenses se está moviendo hacia el análisis, las prescripciones que aparecen como necesarias y no sólo como deseables, es un movimiento al que me quiero resistir.

N. L.: *¿Puede describir la situación actual de la filosofía del derecho en su país con respecto al pasado?*

F. S.: La teoría del derecho en los Estados Unidos se está abriendo cada vez más hacia perspectivas como la economía, la ciencia política, la psicología y otras disciplinas que no eran el caso en el pasado. Y creo que esto es una cosa buena. También pienso que es bueno que la teoría del derecho americana (y británica) haya tomado con mayor seriedad que en el pasado las ideas de la filosofía analítica contemporánea. Sin embargo, en ocasiones la filosofía del derecho de los Estados Unidos y del Reino Unido se ha conectado estrechamente y se ha asociado con la filosofía analítica para ignorar

perspectivas teóricas importantes de profundos pensadores (filósofos y no filósofos) que tratan sobre la naturaleza y aplicación del derecho. Me vienen a la mente Fuller, al igual que los realistas americanos, también Guido Calabresi, Brian Simpson, Melvin Eisenberg, y muchos otros. La «filosofización» [*philosophication*] de la jurisprudencia, sobre la que escribí y me lamenté parcialmente en mi recensión -en la *Harvard Law Review*- de la magnífica biografía de Nicola Lacey sobre H. L. A. Hart, ha traído muchos beneficios, pero también ha tenido un coste; el principal coste ha sido el descuido innegable de los conocimientos teóricos por aquellos que quizás no están cualificados en la materia, o incluso ignoran los métodos de la filosofía política contemporánea.

N. L.: *¿Cuáles son las perspectivas para el futuro?*

F. S.: Así como la filosofía misma es cada vez más empírica, e incluso a veces hasta experimental, creo que veremos lo mismo con la filosofía del derecho. Y eso es bueno. Es bueno no sólo porque podemos aprender de psicólogos y otros científicos cognitivos, de científicos empíricos, de economistas empíricos, y en ocasiones de sociólogos y antropólogos. Sino que es bueno porque un examen cuidadoso y crítico de la filosofía del derecho tradicional, supuestamente no empírica, revela que se sustenta principalmente en afirmaciones empíricas. Cuando H. L. A. Hart habla sobre el «hombre desconcertado» (*puzzled man*), por ejemplo, o cuando se refiere al análisis del derecho de John Austin señalando que «deja de ajustarse a los hechos», estaba haciendo afirmaciones empíricas con poco más que sus instituciones para apoyarlas. Hart tal vez haya estado en lo correcto (aunque en algunos temas pienso que no lo estaba, como lo explico en mi próximo libro), pero lo que no deberíamos hacer es tomar a las intuiciones como datos, especialmente cuando cada vez hay muchos y mejores datos de los que se tenían.

N. L.: *¿Es útil estudiar la filosofía del derecho?*

F. S.: Absolutamente. De hecho deberíamos pensar en la filosofía del derecho y en la jurisprudencia como parte de la academia del derecho y no sólo como parte de la filosofía. Es un error pensar que el derecho no es más que un ejemplo de problemas filosóficos; bastante de la filosofía del derecho moderna utiliza categorías de la filosofía como unidades de análisis muy pertinentes. El derecho presenta sus propios temas y problemas, y la filosofía nos puede ayudar con ellos. Con lo cual deberíamos pensar en la filosofía como una herramienta y no como un fin en sí mismo, al menos cuando estamos participando en el desarrollo de la teoría del derecho.

N. L.: *¿Puede explicar la evolución de las universidades estadounidenses y cuáles han sido los cambios principales?*

F. S.: Antes, cuando Fuller estaba en su mejor momento, desde finales de los años treinta hasta mediados de los sesenta, la jurisprudencia era algo que existía en la conciencia de muchos o al menos de la mayoría de los estudiantes estadounidenses. Incluso los estudiantes que trabajaban la teoría del derecho en áreas específicas como contratos, responsabilidad civil, derecho constitucional, prueba y derecho penal, por ejemplo, sabían sobre Kelsen, sobre Hart, conocían acerca de Roscoe Pound, etc. La jurisprudencia era propiamente estudiada para tratar la mayoría de temas del derecho, e informar sobre ellos, en lugar de ser dejada de lado. Esto ha cambiado en décadas recientes, hemos sido testigos en los Estados Unidos y en el Reino Unido, con excepción de algunas universidades y de pocos lugares, del aislamiento creciente de la jurisper-

dencia en las principales corrientes teóricas y académicas. Éste es un problema real, que yo, entre otros, trato de mitigar.

N. L.: *¿Qué sugeriría a los estudiantes jóvenes de filosofía del derecho y qué temas valen la pena ser analizados?*

F. S.: Sugeriría que traten de conocer el derecho y los enigmas que presenta. Si no sabes sobre derecho, o si te importa (pero no más de lo necesario para aprobar), no serás capaz de hacer aportaciones valiosas, o incluso de ver cómo la filosofía del derecho puede ayudarte. Así que le diría a los estudiantes jóvenes que deberían conocer y entender al derecho de la misma manera que un filósofo del arte conoce y entiende el arte, y el filósofo de la física conoce y entiende la física. La filosofía del derecho inevitablemente será parte de una disciplina en sí misma, pero no puede ser separada del derecho sobre el que está filosofando.

N. L.: *¿Cuál es el deber esencial de un teórico del derecho?*

F. S.: Como he sugerido, no hay deberes esenciales. Hay muchos deberes, algunos descriptivos y otros normativos, algunos conceptuales y otros empíricos y, la teoría del derecho, debe tener espacio para todos. Obviamente es un error pensar que todo es teoría del derecho, pero también es un error asumir que la única manera de hacer teoría del derecho o la única manera de ser considerado como un filósofo «real» del derecho, es tomar los defectos contemporáneos más comunes, o hacer análisis puramente conceptuales sobre la elección de las propiedades relevantes o necesarias del derecho en todos los sistemas jurídicos posibles y para todos los mundos posibles. Por el momento la teoría del derecho y la filosofía del derecho necesitan ser expandidas y no reducidas, incluso si aceptamos que demasiada amplitud también tiene sus desventajas.

N. L.: *Usted no sólo es un teórico del derecho, también tiene una fuerte perspectiva constitucional. En su reciente artículo «Constitutionalism and Coercion» (2013) reconoce el importante papel de una constitución al servicio de los valores. Citando diversos casos relevantes de la Suprema Corte, desarrolla una concepción alternativa del constitucionalismo y del papel de una constitución como mecanismo de ejecución coercitiva de las restricciones constitucionales, más fuertes que las actuales. ¿Podría desarrollar su perspectiva constitucional en relación con su teoría del derecho?*

F. S.: Para mí, la conexión principal entre mi perspectiva del derecho, de la teoría del derecho, y mi perspectiva sobre el derecho constitucional se encuentra en términos del papel de las reglas y de la importancia de las restricciones. Las constituciones constituyen sistemas jurídicos y son constitutivas de gobiernos, pero también imponen limitaciones de segundo orden sobre las preferencias políticas y las políticas públicas de primer orden. Esta perspectiva se relaciona estrechamente con mi interés en (y simpatía con) las reglas, y mi interés en (y simpatía con) la coerción. Las constituciones no sólo impiden a malos funcionarios hacer cosas malas, sino también, y más importante, impiden a las buenas personas hacer cosas buenas al servicio de valores arraigados o de largo plazo. Con el fin de servir a esa función, las constituciones necesitan utilizar reglas y respaldar esas reglas con la fuerza. Todo esto se relaciona ampliamente con mucho de lo que pienso sobre el derecho en general.

N. L.: *Este año publicará un volumen muy importante, Force of Law (Harvard University Press, 2014). Sus trabajos previos, Playing by the Rules: A Philosophical Exa-*

mination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life (Clarendon/Oxford, 1991), Profiles, Probabilities and Stereotypes (Harvard, 2003), y Thinking Like a Lawyer: A New Introduction to Legal Reasoning (Harvard, 2009) han marcado su perspectiva del derecho. Force of Law: ¿continuidad o divergencia? ¿Algún otro proyecto?

F. S.: Hay cierta continuidad entre *The Force of Law* y mi trabajo más reciente, no obstante, *The Force of Law* presta más atención a la coerción, enfatiza el lado más empírico de la obediencia a la ley y de la coerción, sobre todo, de las dimensiones empíricas de hacer teoría del derecho en general. Un gran tema en el libro es la cuestión fáctica y empírica acerca de si la gente realmente obedece al derecho. Espero que mi futuro trabajo se construya en torno a este tema, razón por la cual tengo planeado mirar más de cerca, en el futuro próximo, las cuestiones relativas al cumplimiento del derecho. La importancia del derecho reside, en gran parte, en la manera en que marca la diferencia en el razonamiento y en el comportamiento humano. Pero no podemos asumir simplemente que se da tal diferencia; no podemos dar el salto de cómo tendría que ocurrir esa diferencia a la conclusión de que realmente ocurre tal diferencia, ya sea para los ciudadanos o para los funcionarios. De esta manera, observar la realidad empírica que marca la diferencia del derecho sobre la dimensión de la toma de decisiones será el enfoque de mi futuro trabajo en la teoría del derecho, además de que también continúo trabajando en las dimensiones filosóficas del razonamiento jurídico y en muchos otros temas.

N. L.: ¿Piensa que hay una teoría del derecho de Frederick Schauer?

F. S.: Oliver Wendell Holmes hizo una famosa observación según la cual sólo se interesaba por las ideas y no por los sistemas, o las teorías. ¡Pienso que eso es suficiente para mí!

(Traducción de Jesús Ibarra Cárdenas)