D O X A

45

CUADERNOS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

D O X A

CUADERNOS DE
FILOSOFÍA DEL DERECHO

https://doxa.ua.es

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

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

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

© los autores, 2022
© de esta edición: Universitat d'Alacant

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

Diseño de cubierta: María Chana
Composición: Marten Kwinkelenberg
Impresión y encuadernación:
Guada Impresores

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

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

Departamento de Filosofía
del Derecho
Universidad de
Alicante

Alicante, 2022

ÍNDICE

Pablo E. Navarro
Eugenio Bulygin y la filosofía del derecho 11
Eugenio Bulygin and Legal Philosophy

Elías Díaz
Autonomía individual y moral universal. Un repaso autobiográfico 41
Individual Autonomy and Universal Morality. An Autobiographical Review

Artículos

Peter Ehret
El *homo europeus*. ¿Imposible sujeto cultural de una democracia europea? 71
The Homo Europeus. An Imposible Cultural Subject of an European Democracy?

Diego M. Papayannis
No tan distintos: el derecho privado redistributivo frente al mito de la superioridad del derecho público. Parte I 99
Not so Different: Redistributive Private Law Versus the Myth of the Superiority of Public Law. Part I

Juan Pablo Castillo Morales
¿Es compatible la noción de solidaridad vertical con un Derecho penal humano? El personalismo y la idea de fraternidad 131
Is the Concept of Vertical Solidarity Compatible with a Humane Criminal Law? Personalism and the Idea of Fraternity

Florencia Rodríguez Nasuti
Condiciones para la apropiación privada legítima de bienes en la teoría de Locke. Efectos de la introducción del dinero sobre ellas y sobre la distribución de la propiedad 161
Conditions for the Legitimate Appropriation of Resources in Locke's Theory. Effects of the Introduction of Money on Them and on the Distribution of Property

En torno a la aplicación judicial del Derecho

María Carlota Ucín
¿Jueces sensibles? Una introducción al análisis del rol de las emociones en la decisión judicial 191
Sensitive Judges? An Introductory Analysis of the Role of Emotions in Judicial Decision Making

Ramón Beltrán Calfurrapa
Las máximas de la experiencia como generalizaciones empíricas: notas sobre sus implicancias argumentativas en materia jurisdiccional . . 221
The Maxims of Experience as Empirical Generalizations: Notes on their Argumentative Implications in Jurisdictional Matters

Catherine Ricaurte
Argumentación y prueba en casos de femicidio 251
Argumentation and Proof in Femicide Cases

Rodrigo Coloma Correa y Juan Luis Modolell González
Lo súbito como desafío a la imputación penal 277
The Sudden as a Challenge to Criminal Imputation

Celia Fernández-Aller y M.ª Mercedes Serrano Pérez
¿Es posible una inteligencia artificial respetuosa con la protección de datos? 307
Is Data Protection-friendly Artificial Intelligence Possible?

Diego Dei Vecchi
***Prueba sin convicción* en su justa medida** 337
The Objectivist Conception of Standards of Proof: Problems and Projects

En torno a las normas

María Beatriz Arriagada
Normas regulativas y normas constitutivas en el derecho. Ontología, interpretación y cultura jurídica 377
Regulative Norms and Constitutive Norms in Law. Ontology, Interpretation and Legal Culture

Alí Lozada
Principios formales y sentido común jurídico. Sobre la presunción de constitucionalidad de la ley 411
Formal Principles and Legal Common Sense. On the Presumption of Constitutionality of the Statutes

Santiago Rodríguez
La exigencia de completitud de los sistemas jurídicos en Alchourrón y Bulygin: una crítica 445
Alchourrón and Bulygin on the Demand for Completeness of Legal Systems: Some Critical Remarks

Notas

Antonio Villar
Sobre «La tiranía del mérito» 467
On «The Tyranny of Merit»

Lucas E. Misseri
La distopía meritocrática y la utopía comunitarista de Michael Sandel . . 477
The Meritocratic Dystopia and the Communitarian Utopia of Michael Sandel

Comentarios al libro *Positivismo jurídico interno* de M. Cristina Redondo

Alberto Carrio Sampedro
Sobre la existencia y conocimiento de normas. Algunos comentarios y observaciones críticas a los presupuestos ontológicos y epistémicos del *Positivismo jurídico «interno»* de Cristina Redondo 495
On Norms and Knowledge. Critical Remarks on the Ontological and Epistemological Grounds of Cristina Redondo's Internal Legal Positivism

Alba Lojo
Los problemas epistemológicos de las reglas genuinas en «Positivismo jurídico 'interno'» de María Cristina Redondo 523
The Epistemological Problems of Genuine rules in María Cristina Redondo's «'Internal' legal positivism»

Sebastián Agüero-SanJuan
Sistema jurídico e identificación del derecho. Una posible respuesta bulyginiana a «La teoría positivista de Bulygin. Un análisis crítico» de María Cristina Redondo 549
Legal System and Identification of Law. A Possible Bulyginian's Response to «La teoría positivista de Bulygin. Un análisis crítico» by María Cristina Redondo

Osvaldo de la Fuente Castro
Positivismo jurídico, interpretativismo e institucionalismo. Comentario al capítulo IV de *Positivismo jurídico «interno»* de María Cristina Redondo 581
Legal Positivism, Interpretivism, and Institutionalism. A Commentary on Chapter IV of María Cristina Redondo's «Internal» Legal Positivism

Lorena Ramírez-Ludeña
La imposibilidad del positivismo jurídico interno 603
The Impossibility of Internal Legal Positivism

J.J. Moreso
La normatividad en el positivismo jurídico interno. A modo de colofón . 621
Normativity in Internal Legal Positivism. As a Colophon

Entrevista

Manuel Atienza
Entrevista a Liborio Hierro 631
Interview To Liborio Hierro

Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, (2022), *45*
e-ISSN: 2386-4702 | ISSN: 0214-8676

Eugenio Bulygin y la filosofía del derecho

Eugenio Bulygin and Legal Philosophy

Pablo E. Navarro

Autor:
Pablo E. Navarro
CONICET, Argentina
pabnav@hotmail.com

Recibido: 16-11-2021
Aceptado: 9-1-2022

Citar como:
Navarro, Pablo E. (2022). Eugenio Bulygin y la filosofía del derecho. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, *45*, pp. 11-39. https://doi.org/10.14198/DOXA2022.45.01

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

© Pablo E. Navarro

Resumen

Este artículo hace un repaso a las principales aportaciones de Eugenio Bulygin (1931-2021) a la filosofía del Derecho de corte analítico. En particular, el trabajo presenta las principales ideas aportadas por este autor en los cinco siguientes temas: (i) la lógica y los sistemas normativos, (ii) la validez y aplicabilidad de las normas jurídicas, (iii) las condiciones de verdad de los enunciados normativos, (iv) el problema de las lagunas jurídicas, y (v) el positivismo jurídico.

Palabras clave: Eugenio Bulygin; filosofía analítica; teoría analítica del Derecho; lógica deóntica.

Abstract

The main contributions of Eugenio Bulygin (1931-2021) in the realm of Analytical Legal Philosophy are reviewed here. Particularly, this paper introduces us to his main ideas on the 5 following iusphilosophical topics: (i) Logic and normative systems, (ii) Validity and enforceability of legal norms, (iii) Truth conditions of normative statements, (iv) Legal gaps, and (v) Legal positivism.

Keywords: Eugenio Bulygin; Analytical Philosophy; Analytical Theory of Law, Deontic Logic.

I. INTRODUCCIÓN

Eugenio Bulygin (1931-2021) ha contribuido de manera fundamental a la teoría analítica del derecho contemporánea[1]. La filosofía jurídica analítica se refiere a los estudios *conceptuales* sobre el derecho y la teoría jurídica. A diferencia de otros enfoques (por ejemplo, los históricos o sociológicos), los trabajos analíticos se ocupan principalmente de tres tipos de problemas: (i) los rasgos característicos del razonamiento judicial, (ii) la reconstrucción de conceptos jurídicos y (iii) la explicación de la naturaleza sistemática del derecho[2]. Si se acepta tal caracterización, es fácil concluir que Eugenio Bulygin es uno de los filósofos jurídicos analíticos contemporáneos más distinguidos. Ha desarrollado –solo o con Carlos Alchourrón– una fina concepción del derecho a través de más de medio siglo de escritos[3]. Como ejemplo de tal estilo analítico, en la obra de Bulygin podemos encontrar, además de otros ensayos filosóficos generales, estudios sobre[4]:

- Interpretación del derecho y razonamiento judicial
- Validez y eficacia de las normas jurídicas
- El concepto de sistema jurídico
- Positivismo jurídico, proposiciones normativas y enunciados jurídicos
- Completitud y coherencia de los sistemas jurídicos
- La naturaleza de las normas jurídicas
- Lógica deóntica

De esta impresionante colección surge una compleja variedad de estrategias para tratar los problemas clásicos de la filosofía jurídica, por ejemplo, la normatividad del derecho, el valor de verdad de los enunciados normativos, la naturaleza sistemática del derecho, etc. Los aportes de Bulygin a la teoría jurídica no han pasado desapercibidos y ha

1. Eugenio Bulygin es autor de más de 20 libros, publicados en diferentes idiomas, sobre teoría del derecho, filosofía analítica y lógica de normas. Ha publicado más de un centenar de artículos sobre lógica, teoría jurídica, filosofía del derecho, ciencias políticas, y filosofía moral en las revistas y editoriales más prestigiosas del ámbito filosófico en castellano, italiano, alemán, ruso, francés e inglés. Ha desarrollado una importante tarea tanto como miembro de los consejos asesores de múltiples publicaciones, así como traductor y compilador, contribuyendo a la difusión del pensamiento argentino en el extranjero y a la recepción en Latinoamérica de nuevas corrientes de pensamiento filosófico.
2. Esta caracterización de la filosofía jurídica analítica ha sido tomada de Raz, Joseph, 'La naturaleza institucional del derecho' en *The Authority of Law*, p. 103 (Oxford: Oxford University Press, 1979).
3. Véase, por ejemplo, Alchourrón, Carlos, E. y Bulygin, Eugenio, *Normative Systems* (Nueva York/Wein: Springer, 1971). Este libro fue luego publicado en castellano: Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales* (Buenos Aires: Astrea, 1975). Véase, también Alchourrón, Carlos, E. y Bulygin, *Análisis Lógico y Derecho* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991) y Alchourrón, Carlos y Bulygin, *Análisis Lógico y Derecho*, 2.ª edición revisada y ampliada (Madrid: Trotta, 2021). En adelante, se cita conforme a la paginación de la segunda edición.
4. Para un panorama general de estos temas en la obra de Bulygin, véase: Bulygin, Eugenio, *Essays in Legal Philosophy*, editado por Stanley L Paulson et al. (Oxford: Oxford University Press, 2015).

defendido sus concepciones en varias controversias con los autores contemporáneos más importantes sobre teoría jurídica y lógica deóntica. Por ejemplo, debatió con Kelsen sobre la validez y eficacia del derecho[5], sobre la lógica deóntica con von Wright y Weinberger[6], la naturaleza de la teoría jurídica con Raz[7], las conexiones entre derecho y moral con Alexy[8], etc.[9]

A pesar de que su primer trabajo publicado fue sobre fenomenología[10], la filosofía analítica (principalmente a través de los escritos de von Wright, Tarski, Carnap, Geach, Prior, etc.) ha sido la principal fuente de inspiración filosófica de Bulygin. También ha complementado su concepción analítica de la filosofía jurídica con una visión escéptica con respecto a la fundamentación de la ética y la filosofía política[11]. Su escepticismo no es una negación de la importancia de tales disciplinas o de los problemas que ellas abordan, pero, como Bulygin a menudo señalaba: la relevancia no debe confundirse con la verdad. Además, rechazaba firmemente la objetividad del discurso político o moral; insistiendo en que ninguna verdad práctica (o una *verdadera* solución de los problemas morales) está esperando nuestro descubrimiento. Según él, tanto la ética como la política se basan en preferencias y valoraciones subjetivas y, como resultado de tal punto de vista,

5. En 1965, Bulygin criticó la reconstrucción de la eficacia de Kelsen. El artículo de Bulygin 'Der Begriff der Wirksamkeit' fue publicado en *ARSP* 41, 4, pp. 39-58. Kelsen elaboró una respuesta detallada, pero su artículo permaneció inédito hasta 2003, cuando se publicó en alemán con un comentario de Bulygin. Véase, Bulygin, Eugenio et al., *Validez y eficacia del derecho* (Buenos Aires: Astrea, 2015).
6. Los intercambios entre Bulygin y von Wright son numerosos. Véase, por ejemplo: Alchourrón, C y Bulygin, E., 'Von Wright on Deontic Logic and the Philosophy of law' en Schilpp, P. et al., *The Philosophy of Georg Henrik von Wright*, pp. 665-693 (Open Court: Illinois, 1989). La respuesta de von Wright se puede encontrar en el mismo volumen, pp. 872-877. Alchourrón y Bulygin debatieron con Ota Weinberger sobre la naturaleza de las normas y la lógica deóntica. Véase, por ejemplo, Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, 'The Expressive Conception of Norms' y Weinberger, O., 'The Expressive Conception of Norms: An Impasse for the Logic of Norms'. Ambos documentos están reimpresos en Paulson, Stanley L. y Litschewski Paulson, Bonnie (eds), *Norms and Normativity* (Oxford: Oxford University Press, 1998).
7. Vea la discusión sobre la posibilidad de una teoría del derecho en Raz, J., Alex, R., y Bulygin, E., *Una discusión sobre la teoría del derecho* (Marcial Pons: Barcelona, 2007).
8. Robert Alexy y Eugenio Bulygin han debatido varias veces sobre las relaciones entre el derecho y la moral. Los trabajos más importantes de dicho intercambio están disponibles en una edición en español. Ver, Alexy, Robert y Bulygin, Eugenio, *La pretensión de corrección del derecho* (Bogotá: Universidad del Externado, 2001).
9. Los autores mencionados no agotan la lista de quienes han debatido con Eugenio Bulygin. Véanse, por ejemplo, las polémicas con Juan Ruiz Manero y Ricardo Caracciolo en Bulygin, Eugenio, 'Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos' en *Doxa* 9 (1991), pp. 257-278; con algunos de los principales miembros de la escuela genovesa en Paulson, Stanley L y Gianformaggio, Letizia (eds), *Cognition and Interpretation of Law* (Turín: Giapicchelli, 1995), con Fernando Atria en Atria, Fernando et al., *Lagunas en el derecho* (Madrid: Marcial Pons, 2005), o con Atienza y Juan Carlos Bayón en Bulygin, E., Atienza, M. y Bayón, J.C., *Problemas lógicos en la teoría y práctica del derecho* (Madrid: Coloquio Europeo, 2009).
10. Bulygin, Eugenio, 'Las esencias y los juicios esenciales en la filosofía de Husserl' en *Lecciones y Ensayos* 16 (1960), pp. 79-22.
11. En los últimos años, Bulygin se identificaba con la posición emotivista delineada por von Wright, G. H., 'Valuations – or How to Say the Unsayable' en *Ratio Iuris* 13 (2000), pp. 347-357.

se deduce que no se podría lograr ningún conocimiento científico en estos campos. A partir de esta convicción, Bulygin ha desarrollado una filosofía del derecho basada en la premisa de que el derecho es solo derecho positivo y, en consecuencia, ha rechazado las doctrinas del Derecho Natural.

El estudio de los aspectos lógicos de la ciencia jurídica (o dogmática jurídica) siempre ha sido uno de los principales intereses de Bulygin como filósofo jurídico. En *Normative Systems*, Alchourrón y Bulygin muestran que sólo algunas actividades específicas realizadas por la dogmática jurídica pueden considerarse científicas (i.e., la sistematización de bases normativas). Por el contrario, otras actividades pueden considerarse –en general– empíricas o normativas, por ejemplo, la interpretación, la elaboración de principios generales, la reformulación de bases normativas, las doctrinas que tienen por objeto resolver indeterminaciones jurídicas, etc. Sin lugar a duda, tales actividades son una parte esencial de las disciplinas jurídicas, pero no pueden justificarse sobre la base del conocimiento científico.

A su interés por los aspectos científicos de la dogmática jurídica, Bulygin añade la creencia en la necesidad de que la teoría jurídica incorpore sofisticadas herramientas conceptuales desarrolladas por otros dominios analíticos, por ejemplo, la lógica deóntica, filosofía del lenguaje, etc. En particular, ha mantenido firmemente una fuerte confianza en los beneficios de aplicar el análisis lógico al discurso jurídico. Así, en la introducción a *Normative Systems,* Bulygin (y Alchourrón) señala que la separación entre el derecho y la lógica impactó de forma negativa en la ciencia jurídica. En este sentido, añaden[12]:

> Los juristas, no sólo no han prestado debida atención a las investigaciones formales de los conceptos normativos llevados a cabo en los últimos veinte años, sino que incluso han logrado permanecer al margen del gran movimiento de renovación de los estudios metodológicos y de fundamentación que han revolucionado completamente la metodología de las ciencias formales y empíricas… Es verdad que la ciencia jurídica no puede clasificarse sin más como una ciencia empírica y mucho menos aún como una ciencia formal… Pero esto no excluye la posibilidad de aprovechar para la ciencia jurídica parte del conocimiento logrado y algunos de los métodos usados en la metodología de otras disciplinas más desarrolladas.

No tiene mucho sentido intentar aquí un resumen de las contribuciones a la filosofía jurídica realizadas por Bulygin, pero podría ser de cierto interés ofrecer un breve análisis de sus ideas que han significado pasos cruciales para nuestra comprensión del derecho y la teoría jurídica. En las siguientes secciones me concentraré en cinco temas: (i) la lógica y los sistemas normativos, (ii) la validez y aplicabilidad de las normas jurídicas, (iii) las condiciones de verdad de los enunciados normativos, (iv) el problema de las lagunas jurídicas, y (v) el positivismo jurídico. Aunque todos estos temas están profundamente

12. Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales*, *op. cit.*, p. 21.

relacionados entre sí, no haré ningún esfuerzo por detallar aquí sus conexiones. Más bien, solo proporcionaré un esbozo del enfoque de Bulygin sobre el derecho y la teoría jurídica e indicaré brevemente los aspectos principales de otras doctrinas alternativas que proporcionan el contexto necesario para comprender el desarrollo de su filosofía jurídica.

II. LÓGICA Y SISTEMAS NORMATIVOS

A menudo se afirma que, para ser válida, una norma jurídica debe ser miembro de un determinado sistema normativo; las normas jurídicas no existen de manera aislada. En este sentido, es una obviedad que las normas jurídicas son las normas de, por ejemplo, el derecho argentino, el derecho francés, etc., y que, en general, ninguna norma de, por ejemplo, el derecho argentino puede invocarse como solución de un caso de derecho español. A mediados del siglo XX, los filósofos del derecho más importantes (por ejemplo, Kelsen y Hart) desarrollaron argumentos que intentan explicar la naturaleza sistemática del derecho. Sin embargo, en un conocido artículo publicado en 1968, Hart señala[13]:

> … hay una gran cantidad de asuntos pendientes que la teoría analítica del derecho aún debe abordar, y estos asuntos pendientes incluyen una aún muy necesaria aclaración del significado de la afirmación común de que las normas pertenecen a –o constituye un– sistema de normas.

Un par de años después de la publicación del artículo de Hart, los estudios analíticos del concepto de sistema jurídico recibieron un impulso decisivo de dos libros: *The Concept of a Legal System* de Joseph Raz[14], y *Normative Systems*, escrito por Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin[15]. Ambos enfoques rechazan una vieja tradición filosófica que solía explicar la naturaleza del derecho a partir de la idea de norma jurídica. Según la antigua tradición, ciertas características específicas de las normas jurídicas (por ejemplo, la naturaleza socialmente organizada de las sanciones jurídicas) son la clave para entender el derecho. Sólo después de aclarar la naturaleza de las normas jurídicas, el enfoque tradicional aborda la idea de un sistema jurídico y sus diferencias con otros ordenes normativos, por ejemplo, con la moral. Por tanto, los sistemas jurídicos sólo serían un conjunto de normas jurídicas, así como la moral puede considerarse como el conjunto de normas morales.

13. Hart, H.L.A., 'Kelsen's Doctrine of the Unity of Law' en *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, p. 310 (Oxford: Oxford University Press, 1983).
14. Raz, Joseph, *The Concept of a Legal System* (Oxford: Oxford University Press, 1970).
15. Alchourrón, Carlos and Bulygin, Eugenio, *Normative Systems*, *op. cit*.

La vieja tradición adolece de muchos problemas. Por ejemplo, Alchourrón y Bulygin afirman[16]:

> Hablar de un sistema normativo (u orden) como un conjunto de normas parece implicar que todos los enunciados que integran este sistema son enunciados normativos (enunciados que expresan normas).

Sin embargo, como es evidente en el caso de los ordenamientos jurídicos, mucho de esos enunciados normativos no establecen obligaciones, prohibiciones o permisos y, en consecuencia, parece inevitable considerar esos enunciados como 'jurídicamente irrelevantes' o sólo como un fragmento de una norma completa. Una idea similar ya había sido enfatizada por Raz en los siguientes términos:

> Según Bentham, Austin, Hart y… según Kelsen también, la idea más importante en la individuación de las normas es garantizar que toda disposición jurídica [*a law*] sea una norma [*norm*]. De este modo, ellos hacen de los principios de individuación, y del concepto de norma que definen, la única clave para la explicación de la normatividad del derecho.

El libro de Raz sobre sistemas jurídicos –así como el de Alchourrón y Bulygin– invierten la prioridad conceptual establecida por la vieja tradición. Según la nueva perspectiva, una norma es jurídica en la medida en que pertenece a un sistema jurídico. Por lo tanto, las principales diferencias entre el derecho y otros órdenes normativos no se pueden encontrar en el nivel de las normas, sino más bien en las características específicas que predicamos de los sistemas jurídicos, por ejemplo, la coactividad, la institucionalización, etc. Esta idea parece ser ampliamente aceptada en la filosofía jurídica contemporánea[17].

Aunque tanto Raz como Alchourrón y Bulygin comparten un amplio horizonte filosófico, sus estudios desarrollan diferentes modelos de sistemas jurídicos que están profundamente arraigados en nuestra cultura jurídica. La teoría de los sistemas jurídicos de Raz podría llamarse 'el modelo institucional' en la medida en que es principalmente un enfoque de la naturaleza del derecho que atribuye un papel especial a las autoridades jurídicas en la explicación de la existencia, identidad y estructura de los sistemas jurídicos. Por el contrario, la teoría de Alchourrón y Bulygin –especialmente tal como se desarrolla en *Normative Systems*– es un 'modelo deductivo' en la medida en que asume que el contenido de los sistemas jurídicos incluye sus consecuencias lógicas.

Una breve comparación entre ambos modelos podría ser útil para comprender mejor sus respectivos objetivos y sus principales diferencias.

16. Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales*, *op. cit.*, p. 97.
17. Véase, por ejemplo, Gardner, John, 'The Legality of Law', *Associations* 7 (2003), p. 91.

a) El modelo institucional

En su libro sobre sistemas jurídicos, Raz señala que no es posible comprender la naturaleza del derecho sin elaborar previamente una teoría de los sistemas jurídicos y que parte del fracaso de la teoría jurídica tradicional se explica por haber pasado por alto esa exigencia[18]. Su crítica, en general, se basa en dos ideas. Por un lado, los sistemas jurídicos contienen elementos que no son normas jurídicas y, por otro lado, no es posible explicar la naturaleza de las normas jurídicas sin tener en cuenta sus relaciones sistemáticas. En este sentido, los sistemas jurídicos son más que un conjunto de normas, pero una teoría de los sistemas jurídicos es una parte de una teoría general de las normas. Raz enfatiza la diferencia entre enunciados normativos y normas en los siguientes términos:

> 'Una disposición jurídica' [*a law*] se utilizará para designar las unidades básicas en las que se divide un sistema jurídico, y una 'norma jurídica' [*a legal norm*] para una disposición que regula la conducta de los seres humanos mediante la imposición de deberes o la concesión de poderes.

En el enfoque de Raz podemos encontrar dos innovaciones con respecto a las teorías tradicionales. Por un lado, las unidades básicas del derecho no son normas (*norms*) sino una clase heterogénea de entidades: las disposiciones jurídicas (*laws*). Este hecho no significa que las normas no tengan especial relevancia en el análisis del derecho. Por el contrario, Raz defiende explícitamente que todo sistema jurídico contiene normas y cualquier otra disposición que pertenece a un sistema jurídico está internamente relacionada con las normas. Además, estas disposiciones sólo son pertinentes en la medida en que afectan a la existencia y aplicación de normas jurídicas[19]. Por otro lado, la estructura de un sistema jurídico debe analizarse no sólo a la luz de las relaciones entre las normas, sino en el contexto más amplio de la conexión entre las disposiciones jurídicas[20]. Las relaciones internas entre esas disposiciones determinan la estructura *operativa* de un sistema jurídico. Por esta razón podemos decir que 'la estructura operativa de un sistema jurídico se basa en sus relaciones punitivas y regulativas'[21]. A su vez, el análisis adecuado de esta estructura normativa es necesario para comprender tres cosas diferentes: (i) la organización del material jurídico a partir de algunas unidades básicas, es decir, las relaciones entre las disposiciones jurídicas; (ii) la estructura operativa de los sistemas jurídicos, es decir, la forma en que el derecho regula el comportamiento y (iii) las características básicas del derecho, es decir, su naturaleza normativa, coactiva e institucionalizada.

Según Raz, la naturaleza dinámica del derecho hace necesario distinguir entre sistemas jurídicos momentáneos y no momentáneos. Mientras que los sistemas jurídicos momentáneos son conjuntos de normas que cumplen los criterios de validez jurídica

18. Raz, Joseph, *The Concept of a Legal System*, *op. cit.*, p. 2.
19. Raz, Joseph, *The Concept of a Legal System*, *op. cit.*, p. 169.
20. Raz, Joseph, *The Concept of a Legal System*, *op. cit.*, p. 170.
21. Raz, Joseph, *The Concept of a Legal System*, *op. cit.*, p. 185.

en un momento determinado, los sistemas jurídicos no momentáneos son secuencias de sistemas jurídicos momentáneos. La cadena normativa formada por una norma N1 y otra norma superior N2, que autoriza la creación de N1 es una relación de validez jurídica. Esta relación determina la estructura genética de un sistema jurídico no momentáneo[22].

b) El modelo deductivo

Según Alchourrón y Bulygin, el derecho podría considerarse como un sistema deductivo. Siguiendo a Tarski, dicen que 'un conjunto de enunciados A es un sistema deductivo si y solo si todas las consecuencias de A pertenecen a A, es decir, si no hay ninguna consecuencia de A que no esté incluida en el conjunto A'[23]. Por lo tanto, la estructura de los sistemas jurídicos no es completamente capturada ni por relaciones genéticas ni por las relaciones operativas. El derecho es más que un conjunto de normas promulgadas explícitamente en diferentes épocas, ya que incluye normas implícitas que se desprenden de una base normativa específica. Esto significa que el contenido conceptual del derecho no puede identificarse plenamente sin derivar sus consecuencias lógicas. Así, en todo ordenamiento jurídico podemos distinguir entre las bases normativas del sistema y las normas lógicamente implícitas. Hacer explícitas las consecuencias lógicas de las bases normativas es una de las tareas más importantes que realiza la ciencia jurídica en la medida en que la solución a los problemas normativos a menudo no se encuentra en los materiales jurídicos expresamente formulados, sino más bien en sus consecuencias lógicas.

La incorporación de consecuencias lógicas es relevante para comprender no solo los aspectos estáticos del derecho (es decir, cómo las normas jurídicas determinan las obligaciones y derechos de los individuos, o el modo en que atribuye responsabilidad, etc.), sino también su naturaleza dinámica. El análisis de esa dinámica requiere tener en cuenta diferentes conjuntos de normas en varios momentos diferentes. En este sentido, Bulygin reconoce que uno de los grandes méritos del libro de Joseph Raz fue hacer explícita la distinción entre sistemas jurídicos momentáneos y no momentáneos, pero también afirma que el análisis de Raz no fue del todo exitoso[24]. Según Bulygin, la identidad de los sistemas jurídicos, como cualquier otro conjunto, se define por sus elementos, y no se pueden realizar cambios en la extensión de un determinado conjunto sin afectar su identidad. Por lo tanto, la adición de una norma N1 a un conjunto normativo S cambia la identidad de este conjunto, es decir, se reemplaza por otro conjunto S1.

22. Raz, Joseph, *The Concept of a Legal System*, *op. cit.*, pp. 184-185.
23. Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales*, *op. cit.*, p. 88.
24. En particular, según Bulygin, Raz no distingue entre relaciones lógicamente diferentes (e.g., pertenencia e inclusión) en su análisis de ambos conceptos de sistema jurídico. Como resultado de esa imprecisión, la naturaleza lógica de los sistemas no momentáneos resulta confusa.

Como resultado del acto de promulgación, se agrega un nuevo conjunto de normas S1 a la secuencia de sistemas pertenecientes a un cierto sistema jurídico no momentáneo. Este conjunto S1 está formado por la norma promulgada explícitamente más la suma lógica de sus consecuencias lógicas y las consecuencias de las otras normas válidas del sistema. Este conjunto de normas añadidas por la promulgación de una norma es un conjunto definido en el sentido de que podemos determinar mediante la aplicación de reglas lógicas si una norma pertenece o no a este conjunto o no.

Si un determinado sistema momentáneo S se identificara con las consecuencias de un conjunto α de normas expresamente promulgadas, sería tentador pensar que la promulgación de una nueva norma o conjunto de normas β sería un nuevo sistema momentáneo que contendría la suma de las consecuencias lógicas de α y las consecuencias lógicas de β, es decir: (Cn (α) + Cn (β)). Sin embargo, la incorporación de todas las consecuencias lógicas de las normas promulgadas ofrece un panorama más complicado, porque el nuevo sistema momentáneo estará constituido por las consecuencias de la suma de las consecuencias lógicas de α y β (Cn (α+β)), que puede ser más grande que el conjunto que se obtiene de (Cn(α) + Cn(β))[25]. Por ejemplo, supongamos que la norma ($p \rightarrow Or$) es la única norma explícitamente promulgada de un determinado sistema S. Por supuesto, la norma ($q \rightarrow Or$) no se puede inferir de este sistema. Pero, si una autoridad promulga válidamente una definición según la cual ($q \leftrightarrow p$), el nuevo sistema momentáneo en la secuencia permitirá derivar ($q \rightarrow Or$) como consecuencia de la conjunción de ($p \rightarrow Or$) y ($q \leftrightarrow p$), incluso si esta norma no es una consecuencia de ($q \leftrightarrow p$) ni de ($p \rightarrow Or$) aisladamente consideradas.

Un descubrimiento muy importante realizado por Alchourrón y Bulygin fue el de la asimetría lógica entre el proceso de introducción y la derogación de las normas jurídicas. La visión tradicional sobre la derogación jurídica suponía que la eliminación de las normas –al igual que la promulgación de normas– da lugar a un conjunto bien definido de normas, pero en el caso de la eliminación de las normas lógicamente implícitas que se derivan de más de una norma formulada explícitamente, no tenemos un criterio lógico para identificar qué norma de la base debe quitarse para eliminar la norma derivada[26]. Así, la derogación de una norma lógicamente implicada como ($q \rightarrow Or$) del ejemplo anterior requiere la eliminación del conjunto {($q \leftrightarrow p$); ($p \rightarrow Or$)} y este requisito se cumpliría si se eliminara uno de sus elementos. Sin embargo, no tenemos ningún criterio para decidir entre esos dos elementos. Por lo tanto, el resto o remanente de un acto de derogación podría obligarnos a elegir entre alternativas abiertas. En otras

25. Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, 'Sobre el concepto de orden jurídico' en Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Análisis Lógico y Derecho*, 2.ª edición, *op. cit.*, p. 421.
26. El significado filosófico de este descubrimiento radica en la analogía entre la derogación y los cambios en las teorías científicas. De hecho, esta analogía fue el punto de partida en el desarrollo del conocido modelo AGM que explica las revisiones de creencias racionales. Este modelo tiene un profundo impacto en diferentes campos como la epistemología o la inteligencia artificial y sigue siendo muy influyente en la lógica contemporánea y la filosofía analítica.

palabras, en determinadas circunstancias la eliminación de una consecuencia lógica produce una indeterminación lógica en el ordenamiento jurídico.

Cabe destacar que la reconstrucción de los sistemas normativos de Alchourrón y Bulygin presupone una respuesta a un problema muy controvertido: la existencia de una verdadera lógica de normas. Desde que Jørgensen formuló su famoso dilema[27], el escepticismo sobre la lógica deóntica ha sido abrazado por filósofos prominentes (por ejemplo, Kelsen[28]) y sigue siendo un problema abierto en la teoría jurídica y la lógica deóntica[29]. Incluso si se pudiera proporcionar una respuesta sólida al escepticismo deóntico, esta respuesta no sería concluyente con respecto a otra cuestión importante: la validez jurídica de las normas lógicamente derivadas. La aceptación de la lógica deóntica plantea la pregunta: ¿son las consecuencias lógicas de las normas válidas también válidas en los sistemas jurídicos? Algunos filósofos del derecho (por ejemplo, Raz[30] y Marmor[31]) afirman que la mera aceptación de la lógica deóntica no prueba la validez jurídica de las normas lógicamente derivadas.

El debate sigue abierto y está profundamente conectado con la principal función epistemológica de ambos modelos: la identificación de los hechos que hacen verdaderas las proposiciones jurídicas. Por un lado, el *Modelo Institucional* nos ayuda a explicar la naturaleza *jurídica* de nuestros derechos y deberes, como algo diferente de otras calificaciones normativas (morales), y nos dice que, por ejemplo, las posiciones normativas surgen de las normas promulgadas por las autoridades jurídicas. Por otro lado, el *Modelo Deductivo* muestra por qué algunas proposiciones normativas pueden ser verdaderas incluso si ninguna decisión explícita de las autoridades justifica tal afirmación. Por lo tanto, ambos enfoques parecen estar en tensión mutua, ya que el primero enfatiza que algunas normas no son jurídicamente válidas ya que ellas no han sido promulgadas por las autoridades, mientras que el segundo enfatiza que algunas normas son jurídicamente válidas, aunque las autoridades no las hayan prescrito explícitamente.

III. VALIDEZ Y APLICABILIDAD DE LAS NORMAS JURÍDICAS

En filosofía jurídica, la existencia de una norma jurídica se ha asociado tradicionalmente a su validez o fuerza vinculante. Las normas jurídicas válidas satisfacen ciertos criterios

27. Jørgensen, Jørgen, 'Imperatives and Logic', *Erkenntnis* 7 (1937-8), pp. 288-296.
28. Acerca del escepticismo kelseniano sobre la lógica deóntica, véase Kelsen, Hans, *General Theory of Norms* (Oxford: Oxford University Press, 1991). También: Bulygin, Eugenio, 'Sobre el problema de la aplicabilidad de la lógica al derecho' en *Kelsen – Klug: Normas jurídicas y análisis lógico*, pp. 9-26 (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988).
29. Para una perspectiva general sobre este problema y su relevancia para la teoría del derecho, véase: Navarro, Pablo and Rodríguez, Jorge, *Deontic Logic and Legal Systems* (Cambridge: Cambridge University Press, 2014).
30. Raz, Joseph, 'Authority, Law and Morality', en *Ethics in the Public Domain*, pp. 210-214 (Oxford: Oxford University Press, 1994).
31. Marmor, Andrei, *Positive Law and Objective Values* pp. 69-70 (Oxford: Oxford University Press, 2001).

específicos, y en la medida en que estos criterios se refieren a las relaciones internas entre las normas, pueden considerarse como criterios de identificación de un sistema jurídico. Por esta razón, la validez también se considera a menudo como pertenencia a un sistema jurídico. Por ejemplo, en la *Teoría Pura del Derecho*, Kelsen afirma que la existencia de una norma jurídica (su validez) no puede separarse tanto de su fuerza vinculante como de su pertenencia a un sistema. Sin embargo, Bulygin rechaza esta conclusión[32]:

> De hecho, el problema de la pertenencia es absolutamente es absolutamente independiente de toda especulación acerca de la obligatoriedad de las normas jurídicas. Tiene perfecto sentido preguntarse si una determinada norma pertenece a un cierto conjunto de normas, aun cuando no las consideramos obligatorias.

Sin embargo, de esta separación conceptual entre la pertenencia y la fuerza vinculante se deriva un desafío para una reconstrucción sistemática del derecho. ¿Por qué sería importante identificar un sistema jurídico si se hubiera admitido que ya no es pertinente para determinar qué normas son vinculantes? Eugenio Bulygin ofrece una respuesta que intenta rescatar ambas intuiciones. Para disipar las ambigüedades, comienza con una distinción entre varios conceptos de validez[33]. *Un* concepto de validez es normativo; en este sentido decir 'La norma N es válida' equivale a prescribir que N debe ser obedecida. Como ésta es una noción prescriptiva, debe dejarse de lado cuidadosamente en un discurso descriptivo sobre el derecho. Por el contrario, 'validez' también se utiliza en dos sentidos descriptivos diferentes: pertenencia a un sistema jurídico y aplicabilidad. Bulygin reserva 'validez' para la pertenencia a un sistema jurídico momentáneo y la idea de fuerza vinculante está (parcialmente) capturada por el concepto de aplicabilidad. Las relaciones entre ambos conceptos se pueden explicar de la siguiente manera[34]. La dinámica del derecho requiere distinguir entre sistemas jurídicos y ordenamientos jurídicos (o sistemas jurídicos no momentáneos). Los sistemas jurídicos son conjuntos momentáneos de normas, y los ordenamientos jurídicos son una secuencia de sistemas jurídicos. La identidad de un sistema jurídico está determinada por sus elementos en el sentido de que un sistema jurídico S1 es sustituido por otro sistema S2 cada vez que una nueva norma es promulgada (o una norma válida es derogada) por una autoridad competente. Una norma jurídica existe en tanto que es válida y esto sólo significa que pertenece a un sistema jurídico momentáneo. La existencia de una norma jurídica puede ser intermitente, ya que puede ser promulgada y derogada varias veces.

32. Bulygin, Eugenio, 'Validez y positivismo' en Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Análisis Lógico y Derecho*, 2.ª edición, *op. cit.*, p. 531.
33. Bulygin, Eugenio, 'Time and Validity' en Martino, A. A. (ed), *Deontic Logic, Computational Linguistics and Legal Information Systems*, pp. 65-66 (Amsterdam: North Holland, 1982).
34. Otros filósofos del derecho (e.g. Raz, Munzer, Schauer, etc.) también distinguen entre validez y aplicabilidad, pero en sus enfoques no se admite la independencia lógica entre ambas propiedades. Véase, por ejemplo, Raz, Joseph, 'The Institutional Nature of Law', *op. cit.*, pp. 119-121.

Las normas aplicables producen una 'diferencia práctica' en la medida en que no deben ser ignoradas como solución a problemas jurídicos. Una norma Nj es aplicable si y sólo si otra norma Nk, perteneciente al sistema jurídico, prescribe la aplicación de Nj. Por lo tanto, los jueces tienen que aplicar Nj en virtud de la existencia de Nk en un sistema jurídico específico. Las normas como Nk son los criterios de aplicabilidad de las normas en este sistema jurídico. Por ejemplo, supongamos que un delito C –cometido en el tiempo t1– está regulado por dos normas sucesivas diferentes (N1 y N2). N1 es válida en el momento de la infracción t1, pero en el momento t2, N1 es derogada y reemplazada por N2. De acuerdo con uno de los principales criterios de aplicabilidad del Derecho Penal argentino (es decir, el conocido como '*Tempus regit actum*' plasmado por el art. 18 de la Constitución Nacional Argentina), la norma aplicable es la norma vigente en el momento del delito. Por lo tanto, la norma aplicable en el momento de la sentencia t2 es N1 –no N2– incluso si N1 ya no forma parte del sistema jurídico[35].

El conjunto de normas aplicables no es necesariamente un subconjunto de las normas válidas en el momento en que se considera un caso particular o un subconjunto de algún otro sistema de un orden jurídico particular. De hecho, el conjunto de normas aplicables es normalmente una selección de varios sistemas del orden jurídico. Por lo tanto, aplicabilidad y validez sistemática son propiedades lógicamente independientes. Incluso si las normas aplicables fueran generalmente parte del sistema jurídico, la validez no sería necesariamente una condición necesaria o suficiente para la aplicabilidad de una norma en particular. Para identificar las normas aplicables, los juristas deben emplear un criterio normativo, que tiene que ser válido en el sistema jurídico. De esta manera, una reconstrucción sistemática del derecho tiene prioridad conceptual sobre la identificación de las normas aplicables[36].

Sin embargo, uno puede preguntarse por qué la validez se explica a partir de la pertenencia a un sistema jurídico. ¿No sería mejor afirmar que una norma jurídica sólo existe en la medida en que es aplicable? Vale la pena enfatizar que identificar la 'aplicabilidad' con la 'existencia' parece ser engañoso en lugar de esclarecedor. Como Bulygin señala acertadamente, existe un fuerte argumento conceptual en contra de la

35. Muchas complejidades se han dejado de lado en este ejemplo, por ejemplo, podría haber más de un criterio de aplicabilidad. Un criterio de aplicabilidad también puede determinar la inaplicabilidad de una determinada norma. Por ejemplo, supongamos que una norma válida N está en *vacatio legis*. Incluso si N es válida en el sistema jurídico, ni los ciudadanos ni los jueces están obligados por ella hasta que se complete su período de vacancia.

36. Al igual que la validez, la aplicabilidad de las normas jurídicas es siempre relativa a la existencia de una norma válida. Precisamente, esta relatividad es responsable de profundos problemas conceptuales que surgen cuando analizamos la base normativa de un determinado ordenamiento jurídico. La pregunta '¿Cuál es el fundamento de validez o aplicabilidad de estas normas últimas?' es clásica en filosofía jurídica, y diferentes teorías han proporcionado varias respuestas. No es necesario repetir aquí los méritos y las deficiencias de estas respuestas.

opinión que hace que la existencia de normas jurídicas sea una mera función de su aplicabilidad[37]:

> … los criterios de aplicabilidad se encuentran en el derecho; no necesariamente en el derecho escrito, pero en el material jurídico suministrado por las diferentes fuentes de derecho. Más aún…, tales criterios deben pertenecer al sistema que corresponde al tiempo presente (Sp), esto es, al último sistema de la serie de sistemas que pertenecen al orden jurídico en cuestión. Por lo tanto, para evitar circularidad los juristas deben estar en condiciones de identificar este sistema mediante algún criterio independiente, que no es uno de los criterios de aplicabilidad. Por consiguiente, el concepto de existencia en un sistema ha de ser independiente del concepto de aplicabilidad y no una función de este último.

IV. PROPOSICIONES NORMATIVAS Y ENUNCIADOS JURÍDICOS

En *Norma y Acción*, von Wright distingue entre normas, enunciados normativos y proposiciones normativas.[38] Las normas son prescripciones, pero las otras dos son categorías descriptivas. Los enunciados normativos indican el estatus deóntico de ciertos comportamientos o estado de cosas y sus valores de verdad dependen de la existencia de una norma. La afirmación que dice que existe una determinada norma es una '*norm-proposition*' (en adelante, *proposición normativa*). Según von Wright, la relación entre los enunciados normativos y las proposiciones normativas podría explicarse de la siguiente manera:[39]

> *Un* tipo importante de respuesta a la pregunta: '¿Por qué debería (puede, no debe) hacerse esto o aquello?' es la siguiente: Existe una *norma* en el sentido de que esto debe (puede, no debe) hacerse. La existencia de la norma es aquí el fundamento o criterio de verdad (*truth-ground*) del enunciado normativo.

Las distinciones de von Wright han sido muy influyentes en la filosofía jurídica, pero en *Normative Systems*, Alchourrón y Bulygin proporcionan una imagen bastante diferente. Afirman que, desde un punto de vista descriptivo, no hay diferencia conceptual entre los enunciados normativos y las proposiciones normativas. Por simplicidad, mediante 'Op' representaré al enunciado normativo *descriptivo* 'es obligatorio *p*'. Según Alchourrón y Bulygin, el significado de 'Op' es el mismo que el de una proposición normativa que afirma que la norma Op pertenece a un determinado sistema (es decir, 'Op' = 'Op' $\in$ CNα)[40]. Así, contrariamente a la distinción tripartita de von Wright, Alchourrón y Bulygin sólo distinguen entre normas y proposiciones normativas. En particular, el enunciado normativo 'Op' y la proposición normativa ('Op' $\in$ CNα) *significan* lo

37. Bulygin, Eugenio, 'Validez y positivismo' en Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Análisis Lógico y Derecho*, 2.ª edición, *op. cit.*, p. 245.
38. Von Wright, Georg H., *Norm and Action*, p. 106 (Londres: Routledge & Kegan Paul, 1963).
39. Von Wright, Georg H., 'The Foundation of Norms and Normative Statements' en *Practical Reason*, p. 68 (Oxford: Basil Blackwell, 1983).
40. Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Normative Systems*, *op. cit.*, págs. 121 y 125.

mismo, pero las diferencias entre sus formas gramaticales podrían dar lugar a algunos malentendidos. Por ejemplo:

a) Hay una ambigüedad bien conocida que infecta el lenguaje normativo porque la misma expresión (es decir, la misma oración) se puede usar no solo para proporcionar información sobre el estatus deóntico de las acciones, sino también para prescribir comportamientos, expresar la aceptación de ciertas acciones, etc. En tales casos, los enunciados normativos no expresan proposiciones y en realidad es dudoso que merezcan ser llamados 'enunciados' en absoluto. Sin embargo, desde un punto de vista descriptivo, los enunciados normativos son proposiciones ordinarias verdaderas o falsas, que informan sobre el estatus deóntico de ciertas acciones o estado de cosas en el contexto de un sistema jurídico. Por lo tanto, las proposiciones normativas carecen de la ambigüedad que infecta a los enunciados normativos. En otras palabras: las proposiciones normativas no se pueden utilizar para prescribir comportamientos.

b) Dos enunciados normativos como 'Op' y '¬Op' parecen contradecirse entre sí. Si este fuera el caso, ambas afirmaciones no pueden ser verdaderas al mismo tiempo, pero las proposiciones normativas correspondientes ('Op' $\in$ CNα) y ('¬Op' $\in$ CNα) pueden ser ambas verdaderas cuando el sistema CNα es incoherente. Por lo tanto, contrariamente a lo que sugiere la forma gramatical de los enunciados normativos, ninguna incoherencia se deriva de una descripción coherente de un sistema normativo incoherente.[41]

d) Las normas jurídicas correlacionan casos con soluciones normativas y a menudo se representan como prescripciones condicionales. Por esta razón, algunos filósofos del derecho (por ejemplo, Kelsen) creen que los enunciados normativos también son proposiciones hipotéticas o condicionales. Por ejemplo, Kelsen afirma que 'los enunciados jurídicos son proposiciones condicionales'[42], y subraya también que el enunciado que describe la validez de una norma de derecho penal que prescribe la prisión por robo sólo puede formularse de esta manera: si alguien roba, debe ser castigado. Sin embargo, contrariamente a Kelsen, Alchourrón y Bulygin defienden que la forma lógica de los enunciados normativos es bastante diferente. En la medida en que los enunciados normativos tienen el mismo significado que las proposiciones normativas, no son hipotéticas sino categóricas; afirman que una determinada norma pertenece a un determinado sistema normativo. Además, incluso si muchos enunciados normativos parecen proposiciones *generales* (por ejemplo, 'todos los robos deben ser castigados'), en realidad son existenciales; solo dicen que una cierta norma 'existe' en un sistema jurídico particular.[43]

Para Alchourrón y Bulygin, los filósofos del derecho a menudo ignoran las diferencias lógicas entre los enunciados normativos y las proposiciones normativas porque

41. Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Normative Systems, op. cit.*, p. 123.
42. Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, 2.ª edición, p. 84 (México: UNAM, 1979).
43. Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, 'Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico' en Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Análisis lógico y derech*o, 2.ª edición, p. 352.

pasan por alto el hecho de que los enunciados normativos tienen una forma elíptica. Tal forma elíptica ha sido llamada por Rudolf Carnap como el *modo transpuesto del lenguaje*; y por esta idea se refiere a que a veces 'con el fin de afirmar algo sobre un objeto *a*, algo correspondiente se afirma acerca de un objeto *b* que se encuentra en una cierta relación con el objeto *a*'[44]. Por lo tanto, según Bulygin:[45]

> En la forma ampliada, una proposición normativa establece que existe (en un sistema normativo dado) una norma que prohíbe (ordena, permite) una determinada acción. Así que para decir que en un sistema normativo dado existe una norma (objeto a) que prohíbe la acción p, decimos que p (objeto b) está prohibido.

Esta reconstrucción podría llamarse la 'concepción reduccionista' de los enunciados normativos en la medida en que ellos se eliminan en favor de las proposiciones normativas. Esta concepción reduccionista debe diferenciarse claramente de otras reducciones bien conocidas porque Alchourrón y Bulygin no pretenden que los enunciados normativos sean declaraciones predictivas o mera descripción de regularidades de comportamiento; más bien insisten en que los enunciados normativos son solo proposiciones fácticas elípticas. En otras palabras: son proposiciones normativas que establecen un hecho: una determinada norma pertenece a un sistema jurídico.

V. PROPOSICIONES NORMATIVAS Y POSITIVISMO JURÍDICO

La reconstrucción de las proposiciones normativas ofrecidas por Alchourrón y Bulygin en *Normative Systems* no presupone una posición específica respecto a la polémica entre las teorías del Derecho Natural y el Positivismo Jurídico. Sin embargo, los profesores argentinos sugieren que existe una conexión entre su concepción reduccionista y el positivismo jurídico. En sus propias palabras[46]:

> Las proposiciones normativas proporcionan información sobre el estatus deóntico de ciertas acciones o estados de cosas: enuncian que una acción es obligatoria, prohibida o permitida, y son verdaderas si, y solo si, la acción en cuestión tiene la propiedad de ser obligatoria, prohibida o permitida. Pero, ¿cuándo una acción tiene la propiedad de ser obligatoria? Esta pregunta admite distintas respuestas. Algunos filósofos creen que la obligatoriedad es una propiedad intrínseca (probablemente no natural) de la acción y su presencia puede ser detectada mediante el examen detenido de la acción. Otros filósofos creen que una acción es obligatoria en virtud de mandatos divinos o ciertos principios eternos del derecho natural. *Pero nosotros estamos interesados en el derecho positivo y en el enfoque positivista que es compartido por la mayoría de los juristas (aunque no por los filósofos del derecho).* La característica distintiva de este enfoque es que la acción p es obligatoria si, y solo si, hay

44. Carnap, Rudolf, *The Logical Syntax of Language*, p. 80 (Londres: Kegan Paul et al, 1955).
45. Bulygin, Eugenio, 'True or False Statements in Normative Discourse', en Egidi, R (editora), *In Search of a New Humanism*, p. 188 (Dordrecht: Kluwer, 1999).
46. Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, 'Von Wright y la filosofía del derecho' en Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Análisis lógico y derech*o, 2.ª edición, p. 128.

> una norma (en el derecho positivo del país en cuestión) que ordena p (o prohíbe no p), y no porque tal acción sea intrínsecamente buena o calificada así por principios morales o de derecho natural. Esto equivale a decir que la proposición de que p es obligatoria significa lo mismo que la proposición de que hay (existe) una norma jurídica que ordena (hacer) p. [Itálicas añadidas]

Esta conexión entre las proposiciones normativas y el positivismo jurídico es discutible, al menos en el sentido de que otras figuras destacadas de tal movimiento han respaldado una posición diferente. Tres tesis principales se han atribuido a menudo al positivismo jurídico: (i) la tesis semántica reduccionista (los enunciados jurídicos no son normativos; son declaraciones fácticas), (ii) la separación conceptual entre derecho y moral (no hay conexión necesaria entre el derecho tal como es y el derecho como debería ser), (iii) la tesis de las fuentes sociales (la determinación de la existencia y la identificación del contenido del derecho no requiere ningún argumento moral)[47]. La más controvertido de ellas es la primera en la medida en que el 'positivismo simple' (por ejemplo, Austin) la respalda, pero es rechazada por el 'positivismo sofisticado' (por ejemplo, Kelsen, Hart, Raz, etc.)[48]. Esta discrepancia entre las versiones del positivismo jurídico podría explicarse como propuestas alternativas para abordar la idea de que términos como «obligación», «deber», «derechos», etc., tienen un significado diferente en contextos legales y morales.

Ambas versiones (es decir, el positivismo simple y el sofisticado) no están exentas de dificultades. Por un lado, el positivismo simple explica la diferencia por medio de una propuesta reduccionista; reduce los enunciados jurídicos a la mera descripción de regularidades (por ejemplo, la probabilidad de sanciones) pero, como señalaron sus críticos, este enfoque no puede dar cuenta del hecho de que el derecho es una institución social *normativa.* Por otro lado, el positivismo sofisticado afirma que los enunciados jurídicos son normativos, pero esto parece implicar que no se puede proporcionar una descripción neutral del derecho. En otras palabras, en la medida en que los enunciados jurídicos no sean descriptivos, sino normativos, una ciencia jurídica neutral, es decir, una verdadera *ciencia* del derecho no sería posible.

Como se ha señalado previamente, Alchourrón y Bulygin ofrecen una interesante solución a este rompecabezas. Por un lado, las proposiciones normativas son proposiciones fácticas, pero no son descripciones de regularidades de comportamientos y, por otro lado, las normas solo son *mencionadas* por las proposiciones normativas y, por esta razón, las proposiciones normativas no transmiten ninguna fuerza normativa. Sin embargo, sería una falacia inferir del rechazo de la normatividad de la ciencia jurídica que el positivismo jurídico está conceptualmente comprometido con el reduccionismo favorecido por Alchourrón y Bulygin. Otras alternativas desarrolladas por, por ejemplo,

47. Raz, Joseph, 'The Purity of the Pure Theory' en Tur, R. y Twining, W. (eds), *Essays on Kelsen*, pp. 81-82 (Oxford: Oxford University Press, 1986).
48. 'Positivismo simple' y 'positivismo sofisticado' son términos acuñados por Roger Shiner en su obra anteriormente citada, *Norm and Nature*.

Raz y Hart, también son interesantes. Siguiendo a Raz, los últimos fundamentos de nuestro discurso normativo son las razones para la acción y las descripciones de normas son, en general, un intermediario útil para identificar nuestras razones concluyentes para la acción[49]. De ese modo, podría decirse que la relación entre los enunciados normativos y las proposiciones normativas 'no es *identidad de significado,* sino entre fundamento y consecuencia' (itálicas añadidas)[50]. Esta estrategia deja claro que, como señala von Wright, la existencia de una norma es el *fundamento* de un enunciado normativo. Así, si los enunciados normativos y las proposiciones normativas fueran sólo dos expresiones diferentes de la misma proposición, entonces sería bastante extraño subrayar que la existencia de una norma es el fundamento de un enunciado normativo.

La evolución de la teoría de Hart es interesante ya que, *prima facie*, parece asumir que una descripción adecuada del derecho requiere tener en cuenta la normatividad de los enunciados normativos[51]. Un primer intento de clarificar este objetivo se realiza con la ayuda de un par de distinciones introducidas en su clásico *El concepto de derecho:*(i) enunciados internos y externos y (ii) punto de vista interno y externo. Estas distinciones a menudo se interpretan como argumentos a favor de la aceptación de las normas jurídicas como requisito para comprender el derecho. Según esta afirmación, el derecho es debidamente analizado solo por juristas que adoptan un punto de vista interno y describen las normas jurídicas por medio de enunciados internos[52]. Pero, en la medida en que la ciencia jurídica es un discurso *neutral* sobre el derecho, esto requiere adoptar un punto de vista *externo.* Es preciso señalar que los enunciados normativos no tienen por qué ser sólo meras descripciones de patrones 'externos' de comportamientos. Como subraya Hart, aunque un observador externo debe entender qué es adoptar el punto de vista interno, 'esto no es aceptar el derecho o compartir o respaldar el punto de vista interno del participante, o renunciar a su postura descriptiva'[53]. Por lo tanto, la descripción del derecho no requiere adoptar un punto de vista interno. Sin embargo, esta reconstrucción de Hart no es suficientemente clara ya que, en su opinión, subrayar la validez de una norma N *no* consiste únicamente en señalar que N satisface los criterios establecidos por la regla de reconocimiento ya que ello oscurecería el carácter interno de los enunciados de validez[54]. Por eso, Alf Ross señala[55]:

49. Raz, Joseph, 'Legal Reasons, Sources and Gaps', *op. cit.*, p. 62-63.
50. Raz, Joseph, 'Legal Reasons, Sources and Gaps', *op. cit.*, p. 65.
51. Véase, Hart, H.L.A., 'Introduction' en *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, *op. cit.*, p. 13. También, Shiner, Roger, *Norm and Nature. The Movements of Legal Thought*, p. 137 (Oxford: Oxford University Press, 1992).
52. Sin embargo, esta interpretación es firmemente rechazada por Bulygin ya que él insiste en que los enunciados normativos no son enunciados en absoluto (no declaran o enuncian hechos).
53. Hart, H.L.A., *The Concept of Law*, 2.ª edición, p. 242 (Oxford: Oxford University Press, 1994).
54. Hart, H.L.A., *The Concept of Law*, *op. cit.*, p. 103.
55. Ross, Alf, 'Review of *The Concept of Law*' en *The Yale Law Journal* 71 (1962), pp. 1189-1190. Hart reconoció este error en Hart, H.L.A., 'Introduction' en *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, *op. cit.*, p. 14.

> Para mí es asombroso que Hart no vea, o en todo caso no mencione, el uso más obvio del lenguaje externo en boca de un observador que como tal no acepta ni rechaza las reglas, sino que únicamente hace un informe sobre ellas: el jurista, en la medida en que su trabajo es proporcionar una información verdadera acerca del derecho vigente.

Aunque la distinción entre diferentes tipos de enunciados jurídicos y puntos de vista jurídicos es necesaria para entender el papel que desempeña el derecho, la ciencia jurídica podría limitarse a registrar actitudes de aceptación de normas y este hecho no da a sus enunciados ningún carácter 'normativo'. En resumen: Bulygin (y también Alchourrón) siempre ha subrayado que los enunciados normativos descriptivos carecen de normatividad y ha criticado enfáticamente a otros filósofos jurídicos prominentes por ignorar la distinción básica entre normas y proposiciones normativas[56]. De hecho, tal distinción sería esencial para separar la descripción de la prescripción, la información de la evaluación, la ciencia de la política. Por lo tanto, la normatividad tanto de los enunciados normativos como de la ciencia jurídica es inocua porque no conllevan ninguna 'fuerza vinculante'; sólo se refieren al hecho de que ciertas normas pertenecen a un determinado sistema jurídico.

Sin embargo, Hart también rechaza la reducción (identificación) de los enunciados normativos a proposiciones normativas. En uno de sus últimos artículos publicados, ya no menciona la distinción entre enunciados internos y externos, y se ofrece una nueva distinción en términos de proposiciones *de* derecho (*propositions of the law*) y proposición *acerca del* derecho (*propositions about the law*)[57]. Su propósito es reivindicar la visión positivista que considera que el significado de los términos jurídicos (por ejemplo, obligación) es diferente del significado de expresiones morales similares. Según Hart, concepciones como la *Teoría Imperativa* desarrollada por Bentham no tienen en cuenta la normatividad de los enunciados normativos, es decir, de las proposiciones *de* derecho o de la posición jurídica de ciertos individuos. Hart enfatiza que 'decir que un hombre tiene la obligación jurídica de hacer un determinado acto no es, aunque puede implicar, una proposición *acerca* del derecho o un enunciado acerca de la existencia de una norma que le exige comportarse de cierta manera'[58]. Para dejar claras las diferencias, Hart añade:[59]

> En lugar de decir que los ciudadanos varones estadounidenses tienen el deber jurídico de registrarse para el servicio militar al alcanzar la edad de veintiún años, podríamos decir con igual verdad que en una fecha determinada el Congreso promulgó una ley que requiere que esto se haga y que se establecen sanciones por incumplimiento. Esta sería una proposición

56. Ver, por ejemplo, Bulygin, Eugenio, 'Normas, proposiciones normativas y enunciados jurídicos' en Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Análisis lógico y derech*o, 2.ª edición, pp. 205-228.
57. Hart, H.L.A., 'Legal Duty and Obligation' en *Essays on Bentham* (Oxford: Oxford University Press, 1982).
58. Hart, H.L.A., 'Legal Duty and Obligation', *op. cit.*, p. 144.
59. Hart, H.L.A., 'Legal Duty and Obligation', *op. cit.*, p. 145.

> histórica *acerca* del derecho, no una proposición *de* derecho, pero, aunque ambas formas son verdaderas y están intrínsecamente conectadas, no tienen el mismo significado.

No pretendo sostener aquí que este nuevo enfoque proporcionado por Hart –o la concepción 'desprendida' de los enunciados jurídicos ofrecida por Raz (*detached legal statements*)– son propuestas sólidas, pero estas alternativas al reduccionismo de Alchourrón y Bulygin todavía merecen una cuidadosa atención.

VI. LOS DIFERENTES POSITIVISMOS EN EL DERECHO

El positivismo jurídico fue la doctrina más influyente en la filosofía jurídica del siglo XIX y principios del siglo XX. El desarrollo de esta perspectiva filosófica fue paralelo al desarrollo de programas integrales de legislación (codificación) adoptados por muchos países europeos y latinoamericanos. Sin embargo, la proliferación de totalitarismos a mediados del siglo XX impulsó una cuidadosa revisión de las ideas principales sobre la normatividad del derecho y el positivismo jurídico. Después de la Segunda Guerra Mundial, dos alternativas dominaron la escena. Por un lado, un retorno a las teorías de derecho natural como instrumento para negar la autoridad de los sistemas jurídicos perversos y, por otro lado, una reformulación de las principales tesis positivistas para rechazar que el derecho positivo necesariamente merece obediencia. Bulygin ha seguido el segundo camino[60].

El refinamiento del positivismo jurídico fue principalmente una reconstrucción conceptual de la relación entre la validez jurídica y enunciados jurídicos. Como ya se ha mencionado, diferentes concepciones de tal relación han conformado diversos tipos de positivismo jurídico[61], pero su marca común distintiva es la aceptación de la *Tesis de las Fuentes Sociales.* Si el derecho es un artefacto social, entonces nada garantiza que esté necesariamente conectada a ideales o valores morales. Por lo tanto, parece natural pasar de la *Tesis de las Fuentes Sociales* a la *Tesis de la Separación* (es decir, asumir que hay una separación conceptual entre derecho y moral). Sin embargo, ¿cómo sería posible atribuir normatividad (validez o fuerza vinculante) al derecho, si se admitiera que podría ser injusto o inmoral? La *Tesis de la Fuente Social* no proporciona una respuesta a esta

60. Para una excelente caracterización del positivismo defendido por Eugenio Bulygin, véase, Redondo, María Cristina, 'Bulygin's Analytical Legal Positivism' en Spaak, Torben y Mindus, Patricia (eds), *The Cambridge Companion to Legal Positivism*, pp. 371-393 (Cambridge: Cambridge University Press, 2021).

61. Hay una vasta literatura sobre positivismo jurídico que no se puede mencionar aquí. Una breve lista se puede encontrar en la voz 'Positivismo legal', de Leslie Green, en el *Enciclopedia de Filosofía de Stanford*. Véase, Green, Leslie, 'Legal Positivism', The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Edición de otoño de 2009), Edward N. Zalta (ed.), URL = <http://plato.stanford.edu/archives/fall2009/entries/legal-positivism/>.

pregunta; más bien sólo ofrece un enfoque *minimalista* del derecho[62]. No menciona ninguna característica específica de las normas o sistemas jurídicos; por ejemplo, no dice casi nada sobre el razonamiento jurídico, la estructura y función del derecho, la interpretación jurídica, la naturaleza jerárquica de los sistemas jurídicos, las decisiones judiciales, etc. Por esta razón, esta concepción mínima a menudo se complementa con otras tesis, por ejemplo, el derecho es un 'sistema normativo cerrado', las normas jurídicas son imperativos y así sucesivamente. A este respecto, Michael Hartney dice[63]:

> … Solo las reglas con fuentes sociales cuentan como reglas jurídicas. No es una teoría lingüística, una teoría moral o una teoría sobre los deberes morales de los jueces. Algunos teóricos pueden ser positivistas jurídicos porque son escépticos morales o utilitaristas o autoritarios políticos o porque creen que todas las normas son órdenes, pero ninguna de esas teorías es parte del positivismo jurídico.

El positivismo jurídico contemporáneo ha enfatizado –aunque desafortunadamente a veces sus críticos pasan por alto este énfasis– que la *Tesis de las Fuentes Sociales* debe separarse cuidadosamente de otras tesis teóricas contingentes sobre la estructura y función del derecho. Por lo tanto, el rechazo de tales doctrinas adicionales no implica la refutación del enfoque mínimo positivista del derecho porque ninguna de ellas se desprende lógicamente de la *Tesis de la Fuente Social.* En particular, el positivismo jurídico rechaza que la atribución de validez (obligatoriedad) al derecho signifique que las normas jurídicas merecen obediencia o respeto moral. Así, el positivismo jurídico evita los peligros que se derivan de la confusión entre hechos y evaluaciones; descripciones de normas y actitudes morales que recomiendan respeto y obediencia. En otras palabras, la concepción mínima del derecho proporcionada por el positivismo jurídico –el positivismo como enfoque– se dirige principalmente a negar los compromisos morales de respeto y obediencia que impregnan nuestra idea ordinaria del derecho. Por ejemplo, ninguno de los positivistas jurídicos contemporáneos más importantes habría respaldado el *dictum* 'La ley es ley' ('*Gesetz als Gesetz*') porque son conscientes de que existe una peligrosa ambigüedad oculta en tal tautología. Si, por definición, el derecho fuera considerado como un sistema vinculante, entonces sería imposible negar que la aceptación de un orden social como *EL* derecho en una determinada comunidad equivale a admitir que debe ser obedecida. Este compromiso con la adhesión moral, a menudo disfrazado por la ambigüedad de la 'validez', es una *ideología autoritaria* que debe estar claramente separada del enfoque positivista.

Bulygin defiende el enfoque positivista, pero rechaza firmemente la ideología positivista en la medida en que afirma enfáticamente que la fuerza vinculante (validez) *no es* una propiedad definitoria del derecho. Por el contrario, ha argumentado enérgicamente en contra de la confusión entre validez, fuerza vinculante y existencia de normas

62. Siguiendo a Bobbio, podría llamarse '*El positivismo como enfoque*'. Ver, Bobbio, Norberto, 'Sul positivismo giuridico' en *Rivista de filosofía*, (1961), LII, págs. 14-34.
63. Miguel Hartney: 'Dyzenhaus on Positivism and Judicial Obligation' en *Ratio Juris* 7 (1994), pág. 49.

jurídicas. A este respecto, Bulygin suscribiría pacíficamente la siguiente observación de Alf Ross[64]:

> Es posible, y altamente probable tanto en el campo del derecho como en el de la moral, que la forma habitual de 'pensar' esté saturada de conceptos ideológicos que reflejan la experiencia emocional pero que no tienen ninguna función en la descripción de la realidad, que es la tarea de la ciencia jurídica. En ese caso, el trabajo del analista es rechazar, no aceptar, la idea de validez.

VII. EL PROBLEMA DE LAS LAGUNAS EN EL DERECHO

Las lagunas normativas son un tema clásico de la filosofía jurídica analítica. Este problema esconde una gran variedad de cuestiones que deben distinguirse cuidadosamente. Por ejemplo, a veces se asume que el análisis del problema de las lagunas es un paso necesario para dilucidar las relaciones entre la aplicación de las normas y la discrecionalidad judicial[65]. En otras ocasiones, los juristas no están de acuerdo sobre las conexiones entre las lagunas y las indeterminaciones semánticas[66]. Sin embargo, la razón más importante que explica la persistencia de las controversias sobre las lagunas es, tal vez, la conexión de este tema con otros problemas filosóficos más generales tales como el valor de la verdad de las proposiciones normativas. Por ejemplo, en su conocido artículo sobre la existencia de respuestas correctas en el derecho, Dworkin ha afirmado que la *Tesis de las Fuentes Sociales,* un principio definitorio del positivismo jurídico, implica consecuencias absurdas. El argumento de Dworkin busca establecer la relación conceptual entre una proposición de derecho 'p' y la proposición sobre la existencia de una fuente social (es decir, 'Sp', que significa 'hay fuente jurídica que prescribe p')[67]. Raz ha reconstruido la idea principal de Dworkin de la siguiente manera[68]:

(1)	$p \leftrightarrow Sp$	(Tesis de las Fuentes)
(2)	$\sim p \leftrightarrow \sim Sp$	(contraposición en (1))
(3)	$\sim p \leftrightarrow S\sim p$	(sustitución de p por ~p en (1))
(4)	$\sim Sp \leftrightarrow S\sim p$	(transitividad del bicondicional en (2) y (3))

64. Ross, Alf, 'Validity and the Conflict between Legal Positivism and Natural Law' en Paulson, Stanley L. y Litschewski Paulson, Bonnie (eds), *Norms and Normativity, op. cit.*, pág. 161. Ver, Bulygin, Eugenio, 'Sentencia judicial y creación del derecho' en Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Análisis Lógico y Derecho*, en. cit., pág. 393 y ss.
65. Ver Atria, Fernando, *On Law and Legal Reasoning*, págs. 63-86 (Oxford: Hart Publishing, 2001).
66. Véase Coleman, Jules y Leiter, Brian, 'Determinacy, Objectivity and Authority' en Marmor, A. (ed), *Law and Interpretation*, p. 218 (Oxoford: Oxford University Press, 1995).
67. Dworkin, Ronald, 'Is There Really No Right Answer in Hard Cases?' en *A Matter of Principles*, pp. 119-145 (Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1985).
68. Raz, Joseph, 'Legal Reasons, Sources and Gaps', *op. cit.*, p. 55.

Según Raz, la conclusión establece que 'siempre que p no tenga una fuente… ~p tiene una fuente', pero añade:[69]

> Esta conclusión es evidentemente falsa. En Inglaterra, por ejemplo, no hay una fuente para la proposición jurídica que está jurídicamente prohibido matar a cualquier mariposa, pero tampoco hay una fuente para su negación, es decir, que no está jurídicamente prohibido matar a ninguna mariposa. (1) debe ser rechazado porque implica una conclusión falsa.

Raz intenta rechazar el argumento de Dworkin y muestra cómo la vaguedad y los conflictos no resueltos generan indeterminaciones jurídicas. Por tanto, Raz concluye que Dworkin no ofrece una refutación del positivismo, sino que en realidad lo ignora[70]. Sin embargo, en su análisis Raz señala que el principio de bivalencia no se aplica al discurso jurídico, es decir, en ciertas circunstancias los enunciados jurídicos no son ni verdaderos ni falsos. Raz también concluye que no hay lagunas genuinas porque en los casos que el derecho no regula explícitamente, ciertas reglas de clausura permiten de manera concluyente la acción (prima facie) no prohibida[71].

Por el contrario, Bulygin afirma que el abandono de la bivalencia es innecesario para refutar a Dworkin. Más bien, subraya que el pobre simbolismo empleado por Dworkin confiere cierta plausibilidad a su argumento y, en particular, señala que la proposición '*p*' no menciona ningún predicado normativo ni operador normativo. Por esta razón, no puede considerarse como un enunciado jurídico canónico o una proposición normativa. Si la proposición '*p*' fuera reemplazada por la proposición normativa correspondiente, estaría claro que se evitan las conclusiones de Dworkin. A este respecto, sustituyamos la proposición '*p*' por la proposición normativa que afirma que la norma 'Op' pertenece a un sistema jurídico LS. Así, en lugar 'p' temenos ('Op' ∈ CnS).

('Op' ∈ LS) ↔ (Sp)	(Tesis de las Fuentes)
~ ('Op' ∈ LS) ↔ ~ (Sp)	(contraposición en (1))
('O~p' ∈ LS) ↔ (S~p)	(sustitución de p por ~p en (1))

Dado que las expresiones (2) ~ ('Op' ∈ LS) y (3) ('O~p' ∈ LS) son claramente diferentes, sería una falacia concluir (~Sp ↔ S~p). El mismo resultado se produce si las proposiciones normativas son reemplazadas por su forma elíptica (i.e., enunciados normativos)

('Op') ↔ (Sp)	Tesis de las Fuentes
~ ('Op') ↔ ~(Sp)	(contraposición en (1))
('O~p') ↔ (S~p)	(sustitución de p por ~p in (1))

69. Raz, Joseph, 'Legal Reasons, Sources and Gaps', *op. cit.*, p. 55.
70. Raz, Joseph, 'Legal Reasons, Sources and Gaps', *op. cit.*, p. 59.
71. Raz, Joseph, 'Legal Reasons, Sources and Gaps', *op. cit.*, p. 76 y 'Law and Value in Adjudication' en *The Authority of Law*, *op. cit.*, pág. 192.

Por lo tanto, debe quedar claro que, en esta reformulación, de las proposiciones (2) y (3) la conclusión absurda detectada por Dworkin ya no es derivable. La razón es clara: la ausencia de una determinada norma nunca es una base para inferir que otra norma (contraria) pertenece al sistema jurídico.

Según Bulygin, la estrategia de Raz no solo es innecesaria, sino que también es engañosa porque Raz admite que ciertas reglas analíticas, como el principio de prohibición, pueden cerrar los sistemas jurídicos. Sin embargo, las reglas analíticas no dicen nada sobre los hechos (por ejemplo, acerca de la (in)existencia de lagunas jurídicas) y, por tanto, son inútiles para completar los sistemas normativos. De hecho, la falta de una distinción clara entre normas y proposiciones normativas es responsable de la idea errónea de que, en ausencia de una norma aplicable a una controversia, entra en vigor una norma de cierre, es decir, se permite cualquier acción que no esté jurídicamente prohibida.

Alchourrón y Bulygin aportaron una refutación de este punto de vista y su análisis merece una breve revisión. Según ellos, la proposición normativa 'La acción p es obligatoria' es verdadera en relación con un sistema S si y sólo si la norma 'Op' pertenece a las consecuencias de S. Como ya se ha dicho, esta idea podría estar representada por los siguientes símbolos:

$$Op = \text{'Op'} \in CnS$$

De igual manera, la prohibición de una acción p conforme a un sistema S puede ser representada como:

$$PHp = \text{'PHp'} \in CnS$$

Sin embargo, la expresión 'jurídicamente permitido' es ambigua y se refiere a dos situaciones muy diferentes, es decir, dos *hechos* diferentes hacen verdaderas a las proposiciones sobre un permiso jurídico. Por un lado, utilizamos la expresión 'p está jurídicamente permitida' para describir que p no está prohibida por ninguna norma en un sistema S. Por otro lado, 'p está jurídicamente permitido' también significa que una norma autoriza p explícita o implícitamente en un sistema S. Para evitar confusiones, distinguiré entre 'permiso débil' y 'permiso fuerte' respectivamente.

Permiso débil: una acción p está débilmente permitida si y solo si p no está prohibida en un sistema S. En símbolos,

$$\mathbf{P_w}p = \text{'PHp'} \notin CnS$$

Permiso fuerte: Una acción p está fuertemente permitida si y sólo si p ha sido autorizada explícita o implícitamente por una autoridad, es decir, una norma que permite p pertenece al sistema jurídico. En símbolos:

$$\mathbf{P_s}p = \text{'Pp'} \in CnS$$

Por tanto, el principio de clausura –también conocido como *Principio de Prohibición*– según el cual 'Todo lo que no está prohibido está permitido' (en adelante, PC) admite dos interpretaciones de acuerdo con los dos significados de 'permitido'. La versión débil dice que una acción p está débilmente permitida en S si y solo si ninguna norma que prohíba p pertenece a S, es decir:

PCw: 'Si p no está prohibida en S, entonces p está débilmente permitida en S'

En símbolos, esta interpretación del principio sería:

$$\text{'PHp'} \notin \text{CnS} \rightarrow \boldsymbol{P}_{w}\text{p}.$$

Sin embargo, en la medida en que, por definición, 'p débilmente permitido' sólo significa que p no ha sido prohibido, tal interpretación expresa una tautología, y este carácter analítico es evidente después de la sustitución de expresiones equivalentes:

PCw': Si p no está prohibida en S, entonces p no está prohibida en S

En símbolos, esta interpretación del principio sería:

$$\text{'PHp'} \notin \text{CnS} \rightarrow \text{'PHp'} \notin \text{CnS}$$

Como cualquier otra tautología, esta verdad analítica no puede ser negada, pero no garantiza que un sistema jurídico sea completo. Esta expresión analíticamente verdadera solo dice que si una acción p no está prohibida, entonces p no está prohibida en el sistema S y esto es precisamente lo que sucede en los casos de lagunas porque en esos casos no se puede derivar ninguna consecuencia normativa.

Otra interpretación más prometedora del principio PC surge del significado de 'permitido fuerte'. Por definición, 'p fuertemente permitido' significa que p ha sido autorizado explícita o implícitamente en S, es decir, $\boldsymbol{Ps}\text{p} = \text{'Pp'} \in \text{CnS}$.

A este respecto, el PC dice:

PC(s): Si p es una acción que no está prohibida en S, entonces p está fuertemente permitido en S

En símbolos, esta versión es:

$$\text{'PHp'} \notin \text{CnS} \rightarrow \boldsymbol{P}_{s}\text{p}$$

Luego de sustitución de expresiones equivalentes, se sigue:

$$\text{'PHp'} \notin \text{CnS} \rightarrow \text{'Pp'} \in \text{CnS}$$

A diferencia de la interpretación débil, la verdad de la interpretación fuerte no es una cuestión de su significado, sino que en realidad depende del hecho de que las autoridades han permitido explícita o implícitamente acciones que no están prohibidas. Por tanto, solo cuando el sistema es completo, la interpretación fuerte es verdadera. Así, la verdad de la interpretación fuerte no puede servir como fundamento de la completitud del sistema jurídico, sino que, por el contrario, es el hecho contingente de que un sistema sea completo lo que fundamenta la eventual verdad de la interpretación

fuerte. Algunas diferencias importantes entre la interpretación fuerte y débil de PC se capturan en la siguiente tabla:

Interpretación débil	**Interpretación fuerte**
Es analíticamente verdadero	Su verdad depende de hechos contingentes
Su negación es falsa	Su negación puede ser verdadera
Su verdad es compatible con la existencia de lagunas	Su verdad no es compatible con la existencia de lagunas
Ninguna contradicción normative surge de la prohibición de una conducta débilmente permitida	La prohibición de una acción fuertemente permitida resulta en una contradicción normativa

Por último, hay que mencionar dos casos especiales. Por un lado, una autoridad podría decidir de antemano el permiso de todas las acciones no prohibidas. Por ejemplo, el legislador podría promulgar una norma de clausura según la cual se permiten acciones que no han sido prohibidas. Esta norma cierra el sistema, es decir, elimina las lagunas normativas, pero tal norma es contingente y como cualquier otro hecho su existencia no puede ser probada por la lógica. La existencia de una norma de clausura arroja luz sobre las condiciones de verdad de la versión fuerte de PC. Este principio dice que las acciones no prohibidas están fuertemente permitidas en un determinado sistema legal S. Si una norma de clausura pertenece realmente al sistema S, entonces también es cierto que no hay lagunas normativas en este sistema.

Por otro lado, uno puede preguntarse acerca de las relaciones conceptuales entre los permisos fuertes y débiles en relación con la coherencia y la completitud de los sistemas jurídicos. Vale la pena mencionar tres posibilidades. En primer lugar, en un sistema incoherente S, una cierta acción p podría estar fuertemente permitida, pero de este hecho no se deduce que p también esté débilmente permitida en S. Por lo tanto, en una lógica de proposiciones normativas la fórmula ($\mathbf{P}_s p \rightarrow \mathbf{P}_w p$) debe ser rechazada. En segundo lugar, la fórmula ($\mathbf{P}_w p \rightarrow \mathbf{P}_s p$) no es válida en una lógica de proposiciones normativas porque su antecedente es verdadero y su consecuencia es falsa en casos de lagunas normativas. En tercer lugar, sólo si el sistema normativo es completo y coherente, ambos conceptos de permiso se superponen. Es decir, la fórmula ($\mathbf{P}_s p \leftrightarrow \mathbf{P}_w p$) es verdadera sólo si se refiere a un sistema normativo completo y coherente.

VIII. CONCLUSIONES

La filosofía es una disciplina compleja; la naturaleza conceptual de sus problemas escapa de una solución definitiva y, por lo tanto, a veces se afirma que no se puede lograr ningún progreso en filosofía[72]. La filosofía jurídica se enfrenta a una dificultad

72. Von Wright, G.H., 'Of Human Freedom' en *In the Shadow of Descartes*, p. 1 (Dordrecht: Kluwer, 1998).

adicional: se ocupa de una institución normativa y social. Ambos aspectos (es decir, los fácticos y normativos) son necesarios para comprender el papel que desempeña el derecho en nuestras comunidades, pero al mismo tiempo parecen estar en una tensión irreconciliable[73]. Finalmente, al positivismo jurídico –como doctrina filosófica analítica específica– a menudo se dirigen acusaciones de irrelevancia y futilidad[74]. Por tanto, ¿qué se podría esperar de la filosofía jurídica desarrollada por positivistas jurídicos analíticos, por ejemplo, por Eugenio Bulygin? Hasta cierto punto, se podría decir que la filosofía de Bulygin es cercana tanto a la epistemología empirista como al naturalismo, así como a la negación de la objetividad moral. Por lo tanto, ¿qué comprensión de las prácticas jurídicas y la teoría jurídica podría obtenerse de tales concepciones filosóficas? A veces, incluso los positivistas jurídicos analíticos más reputados son críticos con este trasfondo filosófico. Por ejemplo, en un artículo publicado hace algunos años, Raz señala que el esfuerzo de Hart por aplicar algunas herramientas desarrolladas por filósofos del lenguaje es inútil.[75]

> Muy poco parece haberse ganado en todas las incursiones de Hart en la filosofía del lenguaje. Los problemas con la explicación de la responsabilidad, los agentes jurídicos como las corporaciones, la naturaleza de los derechos y deberes, las relaciones entre derecho y moral, nada de eso se resolvió ni su solución avanzó significativamente por las ideas tomadas de la filosofía del lenguaje. Además, la razón de eso no era que Hart tomara prestadas malas ideas de la filosofía del lenguaje, no era que él no entendiera adecuadamente las ideas que tomó prestadas. Esencialmente, la falla estaba en el análisis filosófico de los problemas que la teoría de los actos de habla y otras ideas de la filosofía del lenguaje estaban destinadas a resolver. El fracaso de Hart en todos los puntos que mencioné fue el resultado de su adhesión al naturalismo y a la epistemología empirista, y su rechazo de la objetividad evaluativa.

Las palabras de Raz no parecen estar dirigidas a la filosofía analítica en general, sino sólo contra ciertas doctrinas particulares. En la medida en que Bulygin respalda el enfoque general atribuido a Hart, podría decirse que su filosofía jurídica también se basa en bases filosóficas frágiles. Sin embargo, la decepción de Raz con tal fundamento filosófico no necesita ser compartida. No proporciona ningún argumento detallado que revele los límites y deficiencias de las doctrinas filosóficas mencionadas anteriormente. En particular, su diagnóstico pesimista sobre la utilidad de ciertas concepciones filosóficas podría considerarse como una exageración que filósofos como Bulygin estarían ansiosos por rechazar.

Por el contrario, como he intentado demostrar, Bulygin (y Alchourrón) han hecho contribuciones sustanciales a la filosofía jurídica que no pueden aislarse fácilmente de

73. Goldsworthy, Jeffrey, 'The Self Destruction of Legal Positivism' in *Oxford Journal of Legal Studies* 10 (1990), pp. 449-486; Navarro, Pablo E., 'On the Self Destruction of Legal Positivism' en Chiassoni, P. (ed), *The Legal Ought*, pp (Torino: Giapichelli, 2001).
74. Dyzenhaus, David, 'The Legitimacy of Law: A Response to Critics' en *Ratio Iuris* 7 (1994), p. 81.
75. Raz, Joseph, 'Two Views of the Nature of the Theory of Law: A Partial Comparison' en *Between Authority and Interpretation*, p. 52 (Oxford: Oxford University Press, 2009).

la influencia de esas doctrinas filosóficas analíticas repudiadas por Raz. A modo de ejemplo, podría mencionarse el análisis de la derogación y la indeterminación lógica de los sistemas jurídicos, la distinción entre lógica de normas y lógica de proposiciones normativas, la caracterización de los sistemas jurídicos como sistemas deductivos, la naturaleza proposicional de la ciencia jurídica, etc. Todas ellas son ideas desarrolladas con las herramientas que proporcionan la lógica contemporánea y la filosofía del lenguaje. Su importancia se muestra no solo por su propia relevancia para comprender el derecho, sino también por el hecho de que ahora son un punto de partida ampliamente aceptado para muchas investigaciones conceptuales en lógica, epistemología y, por supuesto, filosofía del derecho. En este sentido, aunque no se pudieron extraer respuestas conceptuales definitivas de las contribuciones de Bulygin a la filosofía jurídica y la lógica deóntica, debe quedar claro que no son inútiles y no deben ser ignoradas.

Por último, aunque me he centrado principalmente en la filosofía jurídica de Bulygin, cabe mencionar que su aporte no puede separarse del todo de la obra producida con Carlos Alchourrón. Como von Wright ha subrayado, la obra de Carlos E. Alchourrón y Eugenio Bulygin[76]

> … no es solo testimonio de los aportes de los dos autores al análisis lógico y a la filosofía del derecho. Es también un bello ejemplo de cómo las diferencias intelectuales y temperamentales de dos personas tan ricamente dotadas pueden fundirse en una amistad filosófica y ofrecer una síntesis más fecunda que la que quizás hubiera surgido de sus dotes, si se hubieran desarrollado aisladamente.

BIBLIOGRAFÍA

Alchourrón, C y Bulygin, E., 1989, 'Von Wright on Deontic Logic and the Philosophy of law' en Schilpp, P. et al., *The Philosophy of Georg Henrik von Wright*, Open Court: Illinois.

Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, 1975, *Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales*, Astrea, Buenos Aires.

Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, 1998, 'The Expressive Conception of Norms', en Paulson, Stanley L. y Litschewski Paulson, Bonnie (eds), *Norms and Normativity*, Oxford University Press, Oxford.

Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, 2021, 'Von Wright y la filosofía del derecho' en Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, 2021, *Análisis Lógico y Derecho*, 2.ª edición, Ed. Trotta, Madrid.

Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, 2021, *Análisis Lógico y Derecho*, 2.ª edición revisada y ampliada, Trotta, Madrid.

Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, 2021, 'Sobre el concepto de orden jurídico' en Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, 2021, *Análisis Lógico y Derecho*, 2.ª edición, Ed. Trotta, Madrid.

76. Von Wright, G.H., 'Prologo' en Carlos E. Alchourrón y Eugenio Bulygin, *Análisis lógico y derecho*, *op. cit.*, p. 26.

Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, 2021, 'Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico' en Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, 2021, *Análisis Lógico y Derecho*, 2.ª edición, Ed. Trotta, Madrid.

Alchourrón, Carlos, E. y Bulygin, 1991, *Análisis Lógico y Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

Alchourrón, Carlos, E. y Bulygin, Eugenio, 1071, *Normative Systems,* Springer, Nueva York.

Alexy, Robert y Bulygin, Eugenio, 2001, *La pretensión de corrección del derecho,* Bogotá: Universidad del Externado.

Atria, Fernando *et al.*, 2005, *Lagunas en el derecho*, Marcial Pons, Madrid.

Atria, Fernando, 2001, *On Law and Legal Reasoning*, Hart Publishing, Oxford.

Bobbio, Norberto, 1961, 'Sul positivismo giuridico' en *Rivista de filosofía*, LII.

Bulygin, E., Atienza, M. y Bayón, J.C., 2009, *Problemas lógicos en la teoría y práctica del derecho*, Coloquio Europeo, Madrid.

Bulygin, Eugenio et *al.*, 2015, *Validez y eficacia del derecho*, Astrea, Buenos Aires.

Bulygin, Eugenio, 1960, 'Las esencias y los juicios esenciales en la filosofía de Husserl' en *Lecciones y Ensayos* 16.

Bulygin, Eugenio, 1965, 'Der Begriff der Wirksamkeit', *ARSP* 41, 4.

Bulygin, Eugenio, 1982, 'Time and Validity' en Martino, A. A. (ed), *Deontic Logic, Computational Linguistics and Legal Information Systems*, North Holland, Amsterdam.

Bulygin, Eugenio, 1988, 'Sobre el problema de la aplicabilidad de la lógica al derecho' en *Kelsen – Klug: Normas jurídicas y análisis lógico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

Bulygin, Eugenio, 1999, 'True or False Statements in Normative Discourse', en Egidi, R (editora), *In Search of a New Humanism*, Kluwer, Dordrecht.

Bulygin, Eugenio, 2015, *Essays in Legal Philosophy*, editado por Stanley L Paulson et al. Oxford University Press, Oxford.

Bulygin, Eugenio, 2021, 'Normas, proposiciones normativas y enunciados jurídicos' en Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, 2021, *Análisis Lógico y Derecho*, 2.ª edición, Ed. Trotta, Madrid.

Bulygin, Eugenio, 2021, 'Validez y positivismo' en Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, 2021, *Análisis Lógico y Derecho*, 2.ª edición, Ed. Trotta, Madrid.

Bulygin, Eugenio,1991, 'Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos' en *Doxa* núm. 9.

Carnap, Rudolf, 1955, *The Logical Syntax of Language*, Kegan Paul *et al*, Londres.

Coleman, Jules y Leiter, Brian, 1995, 'Determinacy, Objectivity and Authority' en 1995, Marmor, A. (ed), *Law and Interpretation*, Oxford University Press, Oxford.

Dworkin, Ronald, 1985, 'Is There Really No Right Answer in Hard Cases?' en *A Matter of Principles*, Harvard University Press, Cambridge, Mass.

Dyzenhaus, David, 1994, 'The Legitimacy of Law: A Response to Critics' en *Ratio Iuris* 7.

Gardner, John, 2003, 'The Legality of Law', *Associations* 7.

Goldsworthy, Jeffrey, 1990, 'The Self Destruction of Legal Positivism' in *Oxford Journal of Legal Studies* 10.

Green, Leslie, 2029, 'Legal Positivism', The Stanford Encyclopedia of Philosophy, Edward N. Zalta (ed.), http://plato.stanford.edu/archives/fall2009/entries/legal-positivism/

Hart, H.L.A., 1982, 'Legal Duty and Obligation' en *Essays on Bentham*, Oxford University Press, Oxford.

Hart, H.L.A., 1983, 'Kelsen's Doctrine of the Unity of Law' en *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford University Press, Oxford.

Hart, H.L.A., 1994, *The Concept of Law*, 2.ª edición, Oxford University Press, Oxford.

Hartney, Miguel, 1994, 'Dyzenhaus on Positivism and Judicial Obligation' en *Ratio Juris* 7.

Jørgensen, Jørgen, 1937-8, 'Imperatives and Logic', *Erkenntnis* 7.

Kelsen, Hans, 1991, *General Theory of Norms*, Oxford University Press, Oxford.

Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, 1979, 2.ª edición, UNAM, México.

Marmor, Andrei, 2001, *Positive Law and Objective Values*, Oxford University Press, Oxford.

Navarro, Pablo and Rodríguez, Jorge, 2014, *Deontic Logic and Legal Systems*, University Press, Cambridge.

Navarro, Pablo E., 2001, 'On the Self Destruction of Legal Positivism' en Chiassoni, P. (ed), *The Legal Ought*, Giapichelli, Torino.

Paulson, Stanley L y Gianformaggio, Letizia (eds), 1995, *Cognition and Interpretation of Law*, Giapicchelli.

Raz, J., Alex, R., y Bulygin, E., 2007, *Una discusión sobre la teoría del derecho*, Marcial Pons, Barcelona.

Raz, Joseph, 1970, *The Concept of a Legal System*, Oxford University Press, Oxford.

Raz, Joseph, 1979, 'The Institutional Nature of Law', en *The Authority of Law*, Oxford University Press. Oxford.

Raz, Joseph, 1986, 'The Purity of the Pure Theory' en Tur, R. y Twining, W. (eds), *Essays on Kelsen*, Oxford University Press, Oxford.

Raz, Joseph, 1994, 'Authority, Law and Morality', en *Ethics in the Public Domain*, Oxford University Press, Oxford.

Raz, Joseph, 2009, 'Two Views of the Nature of the Theory of Law: A Partial Comparison' en *Between Authority and Interpretation*, Oxford University Press, Oxford.

Redondo, María Cristina, 2021, 'Bulygin's Analytical Legal Positivism' en Spaak, Torben y Mindus, Patricia (eds), 2021, *The Cambridge Companion to Legal Positivism*, Cambridge University Press, Cambridge.

Ross, Alf, 1062, 'Review of *The Concept of Law*' en *The Yale Law Journal* 71.

Ross, Alf, 1999, 'Validity and the Conflict between Legal Positivism and Natural Law' en 1999, Paulson, Stanley L. y Litschewski Paulson, Bonnie (eds), *Norms and Normativity*, Oxford University Press, Oxford.

Shiner, Roger, 1992, *Norm and Nature. The Movements of Legal Thought*, Oxford University Press, Oxford.

von Wright, G. H., 2000, 'Valuations – or How to Say the Unsayable' en *Ratio Iuris* 13.

Von Wright, G.H., 1998, 'Of Human Freedom' en *In the Shadow of Descartes*, Kluwer, Dordrecht.

Von Wright, Georg H., 1963, *Norm and Action*, Routledge & Kegan Paul, Londres.

Von Wright, Georg H., 1983, 'The Foundation of Norms and Normative Statements' en *Practical Reason*, Basil Blackwell, Oxford.

Weinberger, O., 1998, 'The Expressive Conception of Norms: An Impasse for the Logic of Norms'. Paulson, Stanley L. y Litschewski Paulson, Bonnie (eds), *Norms and Normativity*, Oxford University Press, Oxford.

Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, (2022), *45*
e-ISSN: 2386-4702 | ISSN: 0214-8676

Autonomía individual y moral universal. Un repaso autobiográfico

Individual Autonomy and Universal Morality. An Autobiographical Review

Elías Díaz

Autor:
Elías Díaz
Catedrático Emérito de la Universidad Autónoma de Madrid, España
elias.diaz@uam.es

Recibido: 25-10-2021
Aceptado: 30-11-2021

Citar como:
Díaz, Elías (2022). Autonomía individual y moral universal. Un repaso autobiográfico. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, *45*, pp. 41-68. https://doi.org/10.14198/DOXA2022.45.02

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

© Elías Díaz

Resumen

Este trabajo ofrece un repaso autobiográfico de la obra de Elías Díaz, tomando como eje conductor la tensión, y al mismo tiempo conexión, entre la autonomía individual y la moral universal. Para ello, a través de lo que el autor denomina metodología de la «mediación», se ocupa de la legitimidad democrática como base para una cierta teoría de la justicia y, dentro de ella, de algunas exigencias e implicaciones coherentes en los ámbitos de la filosofía social, ética, política y jurídica.

Palabras claves: Elías Díaz; legitimidad democrática; autonomía individual; moral universal; teoría de la justicia.

Abstract

This paper offers an autobiographical review of the work of Elías Díaz, taking as a common thread the tension, and at the same time connection, between individual autonomy and universal morality. To do this, through what the author calls the «mediation» methodology, he deals with democratic legitimacy as the basis for a theory of justice and, within that theory, as a basis for some coherent demands and implications in the fields of social, ethical, political and legal philosophy.

Keywords: Elías Díaz; democratic legitimacy; individual autonomy; universal morality; theory of justice.

I. DE LA «MEDIACIÓN» COMO MÉTODO DE RAZÓN

Entre aquellas [la autonomía individual y la moral universal] la gran tensión, pero también –así lo creo– la gran conexión. No se pueden, ni se deben, evitar ambos designios, ambas señales, tan decisivas, básicas y necesarias. Con el «ser o no ser» detrás, desde ahí se deriva siempre al dualismo sujeto-objeto, sujetos y objetos, o, si se prefiere, la subjetividad y la objetividad dentro de la ineludible común realidad. Para uno mismo, o sea para todos, esa realidad sustantiva que sustenta el propio pensamiento es inevitablemente la de cada sujeto personal, individual. Pero, por supuesto, este sujeto es, puede ser a la vez, mero objeto para los demás. Y todos, en cualquier caso, con obligada referencia y justificación en alguna pretendida moral, más o menos, universal.

Es en este ámbito, en este espacio intersubjetivo, social, en el que se en marcará esa compleja y profunda conexión –siempre a construir y reconstruir– entre nada menos que la autonomía individual y la moral universal. Entre una y otra, con todas las exigencias de Kant, es donde –señalo– se sitúan y actúan, (historia, historicidad, ¿Hegel?) también entre nosotros siempre Ortega y Gasset, esas sucesivas escalas de coherentes mediaciones de carácter evolutivo procedimental y gradual. Dicho esto advierto enseguida que aquí esta entrada mía tan «filosófica», con un propósito tan osado o casi imposible pero necesario desde una a otra de esas señales, es sólo un demasiado elevado pretexto para atreverme a tratarlo, como es lógico, desde mi propia perspectiva de la autonomía personal e individual y dentro siempre de los temporales y espaciales límites de ella.

Es decir, que en estos papeles de 2020 y 2021, tiempos (meses) de pandemia (covid), como en otras tantas ocasiones, directas o indirectas, lo que voy a hacer es hablar, escribir de mí mismo y con mis límites (es a quien tengo más cerca), así como de los objetivos y de los referentes de ese sujeto, casi todos intangibles como indica ya el rotundo titular que va en ellos. Pensé incluso hacerlo más explícito y exigente cambiando de conjunción, anunciando problemas y obstáculos, en su variante como complejo proceso que va «Desde la autonomía individual a la moral universal», pero tampoco ahí sin conocer ni asumir la definitiva confluencia de todo ello. Aunque tal vez también afecten a otros o nos atañen a todos, son estos, en definitiva, los papeles autobiográficos –mi autonomía individual– que tratan tentativamente de cosas, problemas (objetos) que de manera muy preferente, también como profesor universitario en filosofía jurídica, ética y política, le han preocupado y ocupado a uno en su ya muy dilatada existencia también en relación con nuestras respectivas circunstancias históricas y políticas. Me parece, por tanto, que para hacerme mejor entender, bien puedo acogerme aquí directamente al conocido aserto de Fichte (no a otras fantasías suyas) cuando subraya que la filosofía que se elige depende de la clase de hombre que se es. O quizás a la inversa, aunque de todos modos valdría siempre –creo– la doble básica conexión y tensión, nada determinista, entre pensamientos subjetivos (incluido

el lenguaje) y resultados con avances objetivos, entre –para nuestro tema– autonomía individual y moral universal.

Esta afirmación –que en definitiva todo se produce en biográficas correlaciones– resulta ser algo obvio pero que en especial se advierte y se comprueba mejor con la edad, con el paso y el peso de los años, cuando casi lo único que queda es nada menos que el pasado. En mi caso personal veo eso como más cierto –la necesaria comprensión del pasado– al repensar cosas, acciones y situaciones de nuestros días, como pretendo yo hacer aquí ahora: más aún ante problemas relacionados con el gran tema aquí propuesto –con el apoyo, ya digo, de Kant– cual es, nada menos que la libertad de la autonomía individual y la justicia de la moral universal. Por todo ello necesito volver, pues, a mi pasado para, tal vez, mejor entender mi (¿nuestro?) propio presente.

Concretando y puestos a la labor, para comenzar recordaría que, por de pronto, y con la mayor implicación en lo que uno ha hecho con su tiempo y trabajo (aspirante a profesor e investigador), las que resultarían ser mis dos primeras tareas como tal y, con ellas, mis dos primeros libros, fueron en amplia medida debidos a circunstancias concretas (históricas), muy fuertes, muy enraizadas en aquel respectivo muy duro tiempo de ayer. Así, el que se publicaría en 1968, mi *Revisión de Unamuno: Análisis crítico de su pensamiento político* (precedido de una muy extensa «Antología de sus textos» en 1965), venía arrancando desde muy atrás por algunas de las vivencias personales de primera conciencia (yo nacido en 1934), junto más aún con las prudentes y recónditas narraciones familiares de la Salamanca de la guerra civil y más en concreto de aquel terrible verano de 1936. Allí estaba, con sus contradicciones internas, el Unamuno de profunda raíz ética y liberal. Pero tuvo que pasar mucho, demasiado, tiempo (de la dictadura a la democracia) para qué de los últimos agónicos momentos de aquél, se pudiese hablar con total libertad y adecuada documentación: así yo mismo lo evocaré aquí en páginas más adelante.

Pero antes de ello, en España todavía en la larga posguerra, doble desde 1945 en Europa, una y otra con resultados tan diferentes y opuestos (dictadura versus democracia), estuvo la creciente e hiriente diaria comprobación entre muchos entonces jóvenes de que el Régimen político bajo el cual vivíamos, aun después con el disfraz de la «democracia orgánica» y sus reconocimientos internacionales, no era para nada sino todo lo contrario de aquello que, con más sólido fundamento, íbamos descubriendo como más valioso. En mi caso lo fue, con valiosas ayudas, durante los años universitarios (licenciatura en la Facultad de Derecho de mi ciudad y, más en breve y por libre, cursos en la Facultad de Filosofía de Madrid), así como en el conocimiento, más directo y científico de lo que eran, otra vez, los sistemas democráticos de los países europeos de nuestro entorno más cercano. En mi proyecto lo sería, mitad de los cincuenta y principios de los sesenta, con largas y fructíferas residencias de trabajo y, como becario de ampliación de estudios y formación en las Universidades de Bolonia (Doctorado, cursos de 1959 y 1960) y de Friburgo y Munich (semestres de 1961 y 1962, la ciudad de Heidegger y el horror de Dachau), con inolvidable presencia en Berlín, pocos días después de aquel 13 de agosto de 1961. Eran muy principalmente, los dos países, Italia

y Alemania, que –recuérdese– derrotados sus respectivos regímenes totalitarios, estaban (re)construyendo de nuevo en libertad sus instituciones políticas, jurídicas y sociales de auténtico carácter democrático constitucional. De estas directas experiencias y de las muy numerosas y valiosas lecturas saldría en 1966 mi más celebrado libro *Estado de Derecho y sociedad democrática*, con asimismo fuerte y general impronta para la iusfilosofía. Resalto que en este libro existe ya una cierta influencia de Hegel (antes ya se ha recordado a Kant y volverá después) a través de las obras de Ernst Bloch, también en conexión con un Marx humanista y predecesor de la «Escuela de Francfort», con también aportaciones de, a la vez, alto interés sobre esas cuestiones jurídicas: así otro concepto del «Derecho natural y la dignidad humana» con sus bases éticas y políticas en «El principio esperanza»[1].

A partir del inicio de ese decenio de los sesenta vendría ya a nivel académico, en este ya tan reiterado curriculum, mi decidida y decisiva dedicación a la docencia e investigación en Filosofía del Derecho (y del Estado, así muy bien se denominó asimismo nuestra asignatura) en diferentes y sucesivos grados de adscripción institucional en las Universidades de Salamanca, Madrid (Complutense), Oviedo (ya al fin como catedrático desde 1974), Valencia y, de modo definitivo (con propuesta formal en 1971) desde 1977 en la Autónoma de Madrid hasta mi jubilación oficial (que no real) en ella en 2004. Como profesor invitado fue mi curso 1969-1970 en la Universidad de Pittsburgh en los Estados Unidos acerca de materias colaterales, algunas sobre las que yo asimismo me ocupaba aquí en la dirección de tesis doctorales, importantes por los temas y por los autores hoy muy renombrados que las escribieron. Si aporto ahora estos sucintos datos cronológicos –quizás ya conocidos y demasiado lejanos– es ante todo para facilitar después la mejor situación sobre otros posteriores trabajos míos y su coherente praxis política que puedan ser aquí mencionados[2].

Con esto –pido perdón por tantas minucias personales– me sitúo ya en la obra que considero como más central, es decir, de mayor interés, en mi labor estrictamente académica iusfilosófica y, a su vez, origen de otras más relacionadas con estas páginas de ahora. Me refiero, claro está, a *Sociología y Filosofía del Derecho*, publicada en 1971, donde se hace ya explícita mención a esa perspectiva de «mediación» como proceso, como método de razón y de comunicación (que va aquí como epígrafe de esta primera parte) entre esas otras dimensiones jurídico-políticas situadas precisamente entre autonomía

1. Precedentes inmediatos, revisados después, para ese entonces tan conocido libro mío, fueron de esos mencionados años de formación, principalmente los dos siguientes escritos: «Substanciación de lo colectivo y Estados totalitarios» (*Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. VIII, 1961) y «Teoría general del Estado de Derecho» (*Revista de Estudios Políticos*, Madrid, núm. 131, septiembre-octubre de 1963. Sobre las vicisitudes y obstáculos de aquel libro (secuestrado por el gobierno franquista) iba yo dando noticia, cuando podía, en los sucesivos prólogos de las diez ediciones publicadas desde 1966 hasta 2010, en especial esos prólogos, en las posteriores a 1975.
2. Con este mismo sentido biográfico reenvió también a otros de mis posteriores libros de ese carácter: así, *Un itinerario intelectual. De filosofía jurídica y política* (Biblioteca Nueva, 2003) y *Autobiografía en fragmentos: Conversación jurídico-política con Benjamín Rivaya* (Editorial Trotta, 2018).

individual y moral universal. Era una obra orientada fundamentalmente desde los siempre básicos Hans Kelsen y, diferenciado, Norberto Bobbio, imprescindibles los dos para una actual (creo que todavía hoy) teoría del derecho (también Herbert Hart desde 1961), o para una teoría de la justicia con John Rawls, después de 1971, o Jürgen Habermas, junto a otros más cercanos autores de nuestro país o de Latinoamérica. Hubo una segunda edición de esa obra mía, revisada en 1980 pero permaneciendo de forma invariada en todo lo fundamental, como asimismo en sus numerosas reimpresiones hasta principios de los años noventa. Mi vieja obra sigue –creo– resistiendo también en los actuales tiempos, tal vez como punto de contraste tras la influencia escolástica del «giro anglosajón» desde aquel decenio. Fue utilizada aquella por muchos cientos (o algunos miles) de alumnos a lo largo de mi larga trayectoria docente y recordada ahora explícitamente –tengo pruebas hasta divertidas– por alguna parte de ellos, celebrados juristas y/o profesores de otras materias, al menos en los puntos o temas centrales en los que yo más insistía[3].

La obra, me parece necesario resaltarlo para lo que viene después en estas mismas páginas, se estructuraba –junto a una parte inicial sobre el concepto del derecho– en otras tres concretas dimensiones, respectivamente, de la ciencia del derecho, la sociología del derecho y la filosofía del derecho con sus correlativos y fundamentales conceptos de legalidad, legitimación y legitimidad. Se anotaba ya allí, sobre tales conceptos y esas sus tres mencionadas dimensiones –téngase ello presente en relación con la traducción al castellano de la obra de Jürgen Habermas *Faktizität und Geltung* a la que después aludiré– «que no todo derecho valido (ciencia del derecho) vale para lo mismo (sociología del derecho) ni vale lo mismo (filosofía del derecho)». Y también se hablaba en ese mi libro de los entrecruces de ellos como conceptos, a veces por algunos confundidos, de legitimidad legalizada, legitimidad social y legitimidad justa o moral. Serían, puede decirse, tres tipos diferentes del término «validez» o, mejor aún, son tres diversos significados operativos del verbo «valer», en diferente referencia a unos u otros tipos de «valores».

Eran cuarenta y tres capítulos los que componen dicho volumen, básicos para el reconocimiento, junto a otras, de las denominadas «teorías positivistas del derecho», entendidas siempre en relación de clara diferenciación, no de unión y confusión ni de ruptura y separación, entre el derecho y la moral como también, después, mi realismo crítico, con Bertrand Russell para la de ciencia y filosofía. Entre esos extensos capítulos (más de cuatrocientas páginas) daba yo entrada al titulado precisamente «Mediación

3. Esta obra, *Sociología y Filosofía del Derecho*, publicada por la Editorial Taurus en 1971, había ido tomando forma a lo largo del decenio de los sesenta, como resultado de mis clases en la Universidad Complutense y de conversaciones con colegas de otras materias jurídicas, así como también por la preparación de ejercicios para las oposiciones a las cátedras que iban por entonces convocándose. Escritos preparatorios de ellas fueron, entre otros, «Sentido político del iusnaturalismo» (1962), «El tema de las personas jurídicas en la filosofía del derecho» (1964), «Sociología jurídica y concepción normativa del derecho» (1965) o, en especial aquí, «Mediación hecho – valor en la temática de la filosofía del derecho» (1967).

hecho-valor en la sociología del derecho» (adelantado ya antes en el citado artículo de 1967 con ese mismo rótulo), pero con implicaciones que ya atañen y se amplían también a la filosofía del derecho: e, incluso, dentro de esta a la que se constituye como una teoría de la justicia, con repercusiones asimismo, aunque no sin variantes para la ética y la filosofía política. Por de pronto en este capítulo me parece que ya daba también yo buenos argumentos, buenas razones, para esa conexión y mediación –nunca identificación ni neutralización– entre más en concreto sobre hecho y valor, sobre hechos y valores.

Desde entonces reconozco que he venido reiterando en mis escritos con alguna frecuencia esa metodología de la «mediación» entendida –ya digo– como proceso, como método de razón y de comunicación en el sentido de graduación y hasta de evolución. Si vuelvo aquí sobre ello es por considerar tal enfoque, tal perspectiva o actitud personal, diría que como a la vez necesaria regla de carácter general, que es por lo demás la más utilizada en la práctica y la más acertada –creo– en la teoría. Un posterior ejemplo concreto de ese proceder podría ser (con nuestro país ya en democracia) la primera parte de mi recopilación de escritos –con título provocador– *Ética contra política* (1990), a la que más adelante volveré, tratando de la justificación de ella desde precisamente la interna conexión entre legitimidad y justicia («*Legitimidad-justicia, la Constitución zona de mediación*». La norma fundamental era ya –téngase en cuenta– la de 1978, aprobada con ese doble carácter por la inmensa mayoría de los ciudadanos españoles. Y también aquí, en las mismas páginas de este escrito –como tema central– la legitimidad democrática considerada como principal zona de «mediación» con capacidad para seguir avanzando hacia la tan auspiciada moral universal. Las bases para esa mediación, hecho-valor, radican en el carácter no adiáforo de los hechos, es decir, en su no indiferencia ante los valores: aquellos no son neutros ante unos u otros valores éticos, políticos o jurídicos. Los hechos (Max Weber) hacen siempre «referencia a valores» (Wertbeziehung) aunque han de saber y poder «liberarse» de unos u otros de ellos (Wertfreiheit).

En virtud de ello, por todo ello, es por lo que he vuelto yo a recordar ahora que, en relación con lo dicho en 1971 (y, como se ve, en otras posteriores obras), estas insistentes, aunque prudentes, propuestas mías sobre esas vías de la «mediación», vinieron a dar lugar a siempre valiosas y críticas observaciones entre los lectores más cercanos de ellas, o quienes más me las escucharon, después ya como sabios colegas iusfilósofos y buenos amigos de la propia Universidad Autónoma de Madrid. En ello estuvieron precisamente los profesores Francisco Laporta y Alfonso Ruiz Miguel, autores de la extensa e intensa entrevista general que en 1994 me hicieron para la revista *Doxa*, en la cual calificaban ya como de «misteriosa» esa propugnada mediación, allí en concreto entre hecho y valor. Aún con mayor radicalidad se manifestaría en esa línea Liborio Hierro, en este caso, refiriéndose exclusivamente a este mi libro de 1971. Se me dirá así, y en verdad, que con amigos tan cercanos no me hacían falta adversarios lejanos que no sé si tuve entonces o después a propósito de tales cuestiones. Pero lo que sí hubo también –¡menos mal!– fueron actitudes favorables y concordantes, a su vez no sin acentos críticos, de otros sabios y amigos, como los de Manuel Atienza y Juan Ruiz

Manero, quienes escriben: «Esta función de interacción estaba sin duda en el centro de las preocupaciones de Elías Díaz quien iba más allá, afirmando nada menos que la sociología del derecho permite una cierta aproximación del indicativo al imperativo, del ser al deber ser. Pero –advierten ellos– Elías Díaz no cae nunca en una especie de imperialismo de la sociología, no pierde nunca el equilibrio de que antes hablábamos». Se refieren con ello a la «distancia justa» que no es sólo y siempre un término medio entre dos extremos[4].

Me limitaré ahora a transcribir aquí –no me parece obvio–, aunque reiterando, sea en términos o contextos de alguna mayor amplitud, ya aludidos en estas páginas, la que fue mi respuesta aclaratoria a esa crítica con derivaciones varias de los dos mencionados profesores en esta su densa y elaborada entrevista de 1994: «Sobre estas bases –decía yo allí– tal mediación entre los hechos normativos (legalidad), propios de la ciencia del derecho, y los valores jurídicos (legitimidad-justicia), propios de la filosofía del derecho, llevada también a cabo a través, precisamente, de las constataciones que sobre unos y otros incorpora la sociología del derecho (legitimación) para nada me parece que pueda ser calificada de «misteriosa». Todos –añado ahora– utilizamos y alegamos continuamente esas mediaciones sociales y lo hacemos con ese carácter intermedio, de mediación, no ultimo ni definitivo pero muy importante y más tratándose de una creación social como es el derecho». Señalo que yo venía haciendo frecuentes consideraciones en pro de la importancia dada por mí a la sociología jurídica, empírica y teórica, en ese libro de 1971 (con muy escasa o nula presencia de tal materia en nuestras Facultades de Derecho de la época) en la estela del gran Renato Treves al frente de ella en Europa. Concluía así en esa réplica de la entrevista: «La sociología del derecho, constata, incorpora, hechos sociales que encarnan valores sociales y ambos –con legitimación– sirven de relativa, siempre revisable, relación, con las normas positivas (legalidad) y las concepciones políticas y morales (legitimidad), base para una teoría de la justicia». Y cerraba yo, con el tono de un tanto desafiante retador: «¿Queda así aclarado el *misterio*?». De todos modos, tantos años después, ya se ve que sigo con ello: espero que haya servido y sirva para una mejor comprensión mía y de todos los demás.

Anoto aquí algo relativamente al margen de la línea general de estas páginas, que esta alta valoración de la sociología, tendría enseguida no poco que ver y se incrementaría aún más –otro alegato sobre la conexión del pensamiento personal con la realidad

4. La entrevista, preparada por Francisco Laporta y Alfonso Ruiz-Miguel, está incorporada (págs. 73-138 y este texto concreto en la pág. 90) en la obra Un itinerario intelectual. De filosofía jurídica y política, ya mencionados antes en la nota número 2. Los escritos de Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, por una parte (págs. 113 y 118) y de Liborio Hierro, por otra (págs. 19 a 43, forman parte del libro *Revisión de Elías Díaz, sus libros y sus críticos*, obra colectiva con motivo de mi jubilación en la Universidad (Editada por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007) y que incluye una bibliografía seleccionada de mis trabajos hasta esa fecha. Desde esa Revisión, desde antes de tal fecha y hasta ahora mismo, quiero resaltar mis beneficios del muy frecuente seguimiento de mis libros y actitudes por las intervenciones orales o escritas, concordantes o discrepantes, del muy activo catedrático de filosofía política Antonio García Santesmases.

social– con mi estancia (nuestra, incluida Maite y el pequeño primer hijo Miguel, después nacería Pablo) tras el relativo semiexilio forzado en los Estados Unidos, como profesor invitado por la Universidad de Pittsburgh para el curso 1969-1970. Eso ocurrió con la ayuda de Javier Herrero, profesor allá, tras mi detención y confinamiento con la declaración para toda España del «estado de excepción» en aquel enero de 1969. La situación también en la que resultaría ser la última etapa de la dictadura franquista se hacía cada vez más difícil en muy diversos sectores sociales y no sólo pero asimismo en la Universidad, de manera muy especial –en mi caso– en el entorno académico teórico y práctico de la filosofía del derecho, dominado por los sectores tradicionales más reaccionarios de ella. Hoy cuando escribo estas líneas, en pleno confinamiento ante la pandemia del «covid», durante el luctuoso 2020-2021, revivo aquel otro confinamiento (de carácter político) declarado contra personas concretas de la oposición al régimen franquista.

En aquella difícil situación personal y profesional, con ese socavado ánimo, durante aquel largo y duro invierno americano, lleno, no obstante, de nuevas e interesantes experiencias, aparte de como investigador sobre otros ya mencionados temas, comencé también a trabajar (a leer y frecuentar) algunas áreas de la sociología de aquel país con el propósito incluso de cambiar mi orientación profesional tras el regreso a España, como por entonces –dada la difícil situación– ya habían hecho o hicieron después otros jóvenes universitarios, por ejemplo Carlos Moya o Luis Rodríguez Zúñiga. Incluso hablé con algunos de los más destacados profesores de Sociología (en especial con el amigo Salvador Giner) con ese concreto objeto. Pero al final, enseguida, siempre impulsado por buenos consejeros y en especial por Joaquín Ruiz-Giménez, catedrático ya en la Complutense desde 1960 (con quien desde 1964 yo era profesor adjunto y en 1963 siendo parte del equipo fundador de *Cuadernos para el Diálogo*), tomé la decisión de continuar y resistir en mis aspiraciones de lograr un día consolidar una situación institucional universitaria que me permitiera permanecer y trabajar vinculado profesionalmente a la filosofía del derecho, a la filosofía jurídico-política y ética[5].

Concluyo el *excursus* americano (preludio de otros posteriores viajes allá) y del cual sobre esta última parte, más sociológica, no había tenido nunca mejor ocasión de hablar, para volver de nuevo a lo que aquí estábamos: a la famosa «mediación» en el seno de este sector de nuestro mundo jurídico y político ahora ya con un carácter más personal e intelectual como el propugnado por el gran Norberto Bobbio, también por el ya citado Ernst Bloch (vía Felipe González Vicén) «la mediación se llama esperanza», o incluso después, y de otro modo, por Jürgen Habermas, desde la sociología a

5. Especialmente en el mencionado libro de 2018 (cfr. nota 2) en conversación jurídico-política con el profesor Benjamín Rivaya va una sucinta narración sobre algunos de esos «puntos negros» –inquisiciones políticas– de nuestra asignatura en aquellos años sesenta y setenta del pasado siglo (se me hace raro decirlo así para el tan nuestro siglo veinte). Con carácter más amplio sobre otros tiempos, otros hechos y otras cuestiones reenvío también (de la nota 2) a *Un itinerario intelectual. De filosofía jurídica y política* (2003).

la filosofía. En este sentido tendría yo que dejar siempre constancia de que, antes y a la vez de esas nuestras hispánicas disensiones internas de las que «traen causa» inmediata éstas mis alegaciones, fue aquel tan decisivo y amistoso maestro italiano, quien más había venido a influir poderosamente en esa sugerente definición del intelectual como agente precisamente «mediador».

Tengo así que señalar que esa determinación de Norberto Bobbio fue la que de manera más directa operó como reafirmación de mi propia actitud, dándome una mayor seguridad desde su consideración como intelectual «responsable» (dice que mejor que «comprometido») y, junto a ello y por ello mismo, subraya, precisamente, como «intelectual mediador». Este, digamos, modelo –escribe él y resumo yo– que «en cuanto instancia prescriptiva –advierte– me parece altamente estimable, lo es por su método de acción en el diálogo racional, donde los interlocutores discuten presentando argumentos razonados y cuya virtud esencial es la tolerancia». En tal propuesta –completa su definición–, «mediación y mediador no significan para nada situarse fuera o por encima del problema, del conflicto (*au dessus de la mêlée*)». No son mero eclecticismo, o pacificación a cualquier precio ni –asunto decisivo– exacta adiáfora equidistancia matemática entre extremos, o entre no importa qué tipo de doctrina u opinión, sino comprensión de las razones del otro, búsqueda de los puntos que unen más que los que separan. Sintetiza así Bobbio, en términos tanto descriptivos como prescriptivos las tres posiciones posibles del intelectual en estas tres fórmulas: «ni de aquí ni de allí; de aquí o de allí; de aquí y de allí». La primera sería la de quien («arrogante») quiere ponerse por encima de la reyerta y tiende, sin más, a lavarse las manos; la segunda sería la del maniqueo oportunista siempre más o menos oculto y la tercera –es evidente– sería la de por él (y por mí también con su *auctoritas*) propugnada y definida como intelectual responsable y mediador.

Con inmediata posterioridad al libro de Norberto Bobbio en que trata de ello y a propósito de su anterior aparición, en el artículo publicado en el diario italiano *La Repubblica*, aquel en repetidos pasajes de ella se reconocía expresamente, una vez más, a lo largo de su vida y de toda su obra como cercano a ese paradigma, a ese encomiable modelo de tomarse en serio las cosas que lo son y que expresamente denomina precisamente como «intelectual mediador» (no el del superficial y simple «componedor»). Algunas consideraciones me parecen de interés derivadas de tal compleja calificación: así, imprescindibles cualidades como serían –señala– las de matizar, sopesar, graduar, evaluar con sentido equilibrado y racional. Pero esa función o tarea de mediación –querría yo insistir– por supuesto que no siempre es, ni tiene por qué ser, punto medio de exacto equilibrio –o sin más de «centro» en política– entre cualesquiera posiciones: ante todo, por ejemplo, no «ley de punto medio» entre democracia y dictadura. Esa compleja posición de mediación no es un simple eclecticismo, un mero sincretismo, entre opciones tan opuestas y contradictorias, donde lo justo no sea «mediar» según tantos por ciento, sino al contrario, estar con toda claridad a favor de una u otra posición. Contra el fanatismo que él –*sic*– «odiaba» y siempre con la libertad que lleva, debe llevar, a la mayor y mejor igualdad. Por supuesto que –¿esperaban otra cosa los

esencialistas?– las cosas no son siempre del todo claras y evidentes, sino complejas y difíciles: la facilidad a veces es sólo simplicidad (diferente a sencillez). La dictadura es interesadamente simplismo y la democracia es inevitablemente complejidad (no confusión y caos) en la medida en que deriva de la autonomía de la libertad individual, o sea, de la libre democracia, que es participación y deliberación de todos[6].

Hablando precisamente con Norberto Bobbio de cuestiones como estas, plenas de connotaciones éticas y políticas en nuestra propia realidad histórica, anoto yo aquí que durante su estancia en Madrid con motivo de su Doctorado «*Honoris Causa*» por la Universidad Carlos III –creo que también en otras ocasiones, antes o después, en visitas nuestras (con Gregorio Peces Barba) aquí o allí, con Valeria, en su casa de Turín– le vi interesado por contrastar todo ello, con la actitud con la que en España en momentos cruciales se había autodefinido Miguel de Unamuno. En noviembre de 1935, le recordaba yo, no muy lejos ya de la tragedia de la guerra civil, de la que, de modo tan irresponsable, por un lado y otro se alardeaba e incluso se amenazaba, contestaba a quien le interpela en su autoconsulta: «No faltará lector que le pregunte a este filósofo barato: Pero vamos a ver, señor mío ¿de que parte se pone en nuestra guerra civil». Frente a la hipotética tesis clásica de la «neutralidad», él (siempre peculiar y sorpresivo) lo que va a introducir es la más ¿dialéctica? categoría de la «alterutralidad». «Mi posición –explica Unamuno con firmeza–, es de «alterutralidad». Que si de neutralidad –de «neuter», neutro, ni uno ni otro– es la posición del que está en medio de los extremos –supuestos los dos–, sin pronunciarse por ninguno de ellos, de alterutralidad –de «alterutral», uno y otro– es la posición del que se está en medio –pero subraya aquél– uniendo y hasta fundiendo ambos». En ocasiones con este otro final: «fundiendo y hasta confundiendo a ambos».

Aparte de ello y de los tópicos negativos sobre Unamuno, la verdad histórica, muy fundamentada, es que a lo largo del terrible y sangriento verano de 1936, con asesinatos múltiples y, en Salamanca, los de buenos amigos suyos, aquel va tomando conciencia (símbolo el 12 de octubre en la vieja Universidad) de que la sublevación militar no es una «rectificación de la República sino una acción de fuerza «contra el liberalismo y no –como se aduce– contra el bolchevismo». Él escribe que está a su vez, insiste, contra: «la salvajería moscovita» y también, advierte, contra «la estupidez católico tradicionalista española». Al final de todo –Unamuno muere el 31 de diciembre de ese 1936–, lo que hay es autocrítica con revisión, decepción y desengaño frente a esa guerra incivil, «no

6. Para quien solicite mayores datos, detalles y argumentos sobre estas y otras cuestiones reenvío a la serie de artículos publicados por Norberto Bobbio de 1953 a 1992, reunidos después en esa obra suya *Il dubbio e la scelta. Intellettuali e potere nella societá contemporanea* (1993). Con referencias más próximas a nosotros me permitiría indicar también ahora mi libro De la Institución a la Constitución. Política y cultura en la España del siglo XX (Ed. Trotta, 2009), en especial al capítulo VI (págs. 195-217). Y, por supuesto, el de nuestro principal bobbiólogo, Alfonso Ruiz-Miguel, en *Filosofía y Derecho en Norberto Bobbio* (1983) y en otros trabajos posteriores. Con algunos de ellos, dialogaba con él en mi escrito «¿Bobbio versus Bobbio?: Dualismo analítico y razón práctica», incorporado con otros plurales ensayos «ad hominem» a mi libro *Los viejos maestros. La reconstrucción de la razón* (Alianza Editorial, 1994).

habrá paz, sino vencedores y vencidos», pero con ánimo, sin embargo, para proponerse, como proyecto decisivo de futuro, la necesidad de volver a repensarlo todo: la historia de España y la historia de su propia obra, pensamiento y acción[7].

Con estos ejemplos de tan fuertes individualidades, con quienes uno se ha encontrado compartiendo tiempos de su vida personal e intelectual, lo que yo he pretendido resaltar aquí es que estas u otras propuestas de «mediación», junto a lo que ya se ha señalado como no equidistancia sin más entre cualesquiera posición (nunca entre fanatismos de un signo u otro), lo que implican y asumen es de modo similar a lo que está en el concepto mismo de «entendimiento» en su doble y gradual significado. Es decir, como conocimiento racional, o comprensión de la realidad de que se trate y, a su vez, como acercamiento y acuerdo coherente con otras posibles diferentes posiciones, no sin más en constante confrontación. Así pues, en cierto modo, saber y hacer, entender y entenderse, interrelación y conexión de carácter ya social que incluye la tolerancia y, más aún, el profundo respeto hacia los demás. No sería, por tanto, aquel un solo método, más o menos, científico de trabajo, cognitivo y de acción (que lo es) pero que en el fondo respondería también a una actitud, un modo de ser más personal, un «talante» (término tan aducido siempre por nuestro Aranguren) con un carácter muy cercano o similar a ese «intelectual mediador» en la opción de Norberto Bobbio. Yo subrayaría aquí, desde todo esto, que en la reciente circunstancia histórica de España –de la dictadura a la democracia– el aquí tan reiterado «Elogio de la Mediación» es y debe ser (en sus líneas generales también entre los historiadores) el «Elogio de la Transición». Y ahí, con unas u otras derivaciones de ella y en el marco de la Constitución, es donde estoy bien seguro, por supuesto, de que estos y otros mencionados colegas y amigos, concordantes y discrepantes aquí alegados, participan por entero –con ese rótulo o con otro– de esa filosofía de la «mediación», o sea, del entendimiento, del acuerdo, del consenso y de los grandes valores jurídicos, éticos y políticos democráticos que están explícitos dentro de ella[8].

7. Sobre este decisivo Unamuno final, junto a mi libro de 1968 ya mencionado aquí en las primeras páginas de este artículo, reenvío ahora muy en especial a mi trabajo publicado en 1986, «Unamuno y la guerra incivil de 1936» (incorporado también con nuevos datos en mi libro –ya citado en la nota anterior– *Los viejos maestros*, en 1994). La básica documentación sobre aquella evolución fueron las páginas pergeñadas por Unamuno, en aquel verano de 1936, con el rótulo de «El resentimiento trágico de la vida. Notas sobre la revolución y guerra civil españolas». Estas no pudieron publicarse hasta 1991, pero ya antes la familia Unamuno me había permitido tener acceso directo a ellas: de todo esto doy cuenta y razón en la nota 5, pág.37, de ese libro de 1994.
8. En este contexto y de esos años anteriores al final del régimen franquista recordaría aquí además, como muestra de la presencia y acción personal de una efectiva oposición intelectual a aquel (y por su propio hipotético interés junto a otros ya mencionados) estos dos libros míos: *La filosofía social del krausismo español*, Fernando Torres Editor, Valencia, 1973 (después en Ed. Debate, Madrid 1983 y 1989) y *Notas para una historia del pensamiento español actual*, Edicusa, Cuadernos para el Diálogo, Madrid, 1974, después en Editorial Tecnos, Madrid, 1983 y 1992 con el rótulo de *Pensamiento español en la era de Franco (1939-1975)*, libro atacado a veces –como diría Unamuno– por los sectores más fanáticos de los «hunos» y de los «hotros».

Llegados a este punto, sin darle ya más vueltas, por el momento, a esa metodología o filosofía interna de la «mediación» (primer epígrafe de estas páginas), de lo que voy a ocuparme en la segunda parte es más bien de algunas de las concreciones del rótulo principal de ellas, o sea, de las posibles vías desde la autonomía personal a la moral universal. Es decir, de las propuestas concretas (legitimidad democrática) como base para una cierta teoría de la justicia y, dentro de ella, de algunas de las exigencias e implicaciones coherentes en los ámbitos de la filosofía social, ética, política y jurídica. Se trata aquí en términos más generales de una filosofía (o actitud) con sus dudas y disentimientos –cabe admitir– en las proximidades con un no estático relativismo o de un sano escepticismo (no abstencionismo), muy lejos, sin embargo, de las posiciones no cognitivas o del fanatismo y el dogmatismo instalado en lo absoluto y poseedor siempre (y para siempre) de toda la razón y la entera verdad. Pero advierto que en estas aseveraciones sigo con ello en el ámbito y en el marco de una reflexión de carácter autobiográfico –incluido el «realismo crítico»– en el marco de mi «circunstancia» evocando a Ortega en este país ya del siglo XXI, a través de mis escritos pasados (¿y futuros?). Bien sé de la afectuosa consternación de algunos de mis más cercanos jóvenes y ya menos jóvenes amigos que –además de liberado de las «subordinadas»– me querrían todavía, al menos como pretensión, en una más alta, objetiva y exhaustiva investigación filosófica y conceptual. Ya lo intento, pero por ciclo vital y profesional para eso, y muy bien, ya están ellos. De todos modos, declaro, que mucho de valioso sale por mi parte de la lectura de sus obras (y siempre de los clásicos) para ampliar los saberes de uno mismo y espero, también de todos los demás.

II. LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA Y TEORÍA DE LA JUSTICIA

El inicio (empírico) y la base (racional) de ese largo, difícil e inacabable recorrido histórico e intelectual que, no sin tensiones ni retrocesos mil, conduce, puede conducir, con propósito de avance, a una por lo demás siempre auspiciada moral universal –así arrancaban estas páginas– no es y no debe ser otro que el de la más interna y profunda autonomía individual. Aserto este –asumida la actual neurociencia y psicobiología– que en su recta consideración puede dar lugar, entre los «dos grandes silencios», a diversas posiciones prácticas y concepciones teóricas, todas con un mayor o menor valor cognitivo y de autenticidad personal. Implica en sus manifestaciones más inmediatas, la capacidad y la voluntad de decidir –aceptada la expresión–, de pensar y de actuar, o no, de forma negativa o positiva. Y ello tanto en el interno espacio subjetivo –no hay nadie que jamás nada decida– como, diferenciado, en el marco estrictamente social de esta mi perspectiva, con adhesiones implícitas o explícitas –incluso para su negación– hacia sistemas políticos de una a considerar ya como amplia y genérica democrática orientación. Hasta para decidir que uno no quiere decidir ha de hacerlo siempre a través de una decisión (incluso con la omisión) para decidir, para optar, preferir o elegir, acompañada

después de pensar para hacer o no hacer y, además con todas sus implicaciones sobre que materia o acción, pública o privada, en concreto se ejecuta.

Desde ahí, desde esa correcta comprensión de la libre decisión, se infiere entre otras cosas de muy alto interés que el básico procedimiento democrático –insisto siempre en ello– no puede lógica y coherentemente destruir o anular la propia y misma democracia. Puede llevar –ayer y también hoy– a degradarse y falsearse, aunque existan –creo– criterios para su sanación. Pero lo más grave es cuando se alega que una mayoría o incluso todos y alguna vez, podría decidir la autosupresión de tal abierto procedimiento de decisión. Parecería, pues, y así se señala con cierta frecuencia, que la democracia podría llevar a decidir acabar con la democracia. Ante ello, sin embargo, habría creo que señalar como la fuerte e insuprimible exigencia básica de la decisión democrática implica, exige, por mínima razonable coherencia, la necesidad de seguir siempre y en todo momento decidiendo para, en su caso, reiterar o enmendar la supuesta anterior anulación. Habría, por decirlo así, que seguir decidiendo todos libre y continuamente casi a diario y con garantías sobre tal supresión. Pero eso es precisamente la democracia: decidir en libertad. Esta, la democracia, se puede destruir por la fuerza física, material, militar o similar y así es como se ha hecho en la historia con cierta desgraciada frecuencia: ejemplo, Adolf Hitler en 1933. Pero siempre valdrá como ratificación final que «la democracia no se puede destruir democráticamente»: es, al menos, un alivio esa proclama. Lo que si se puede con mayor facilidad es debilitarla o desvirtuarla, sabemos hoy y de siempre cuando se olvidan y postergan unas u otras de sus fundamentales exigencias, rompiendo su intrínseca conexión con los elementos propios y definitorios de ella, es decir, del Estado (democrático) de Derecho.

De ahí que la soberanía popular, la libertad y la igualdad de todos en ella, concretada en la prevalencia de los derechos fundamentales, constituya –a mi juicio– la forma política y jurídica más eficaz, con mayor legitimidad para un avance y mediación en las vías hacia una necesaria justicia moral de carácter universal. Nunca diría (ni dije) que todo lo que procede de la democracia (normas o hechos) sea justo referido cada caso concreto o, incluso, siempre, más justo que lo que procede de regímenes no democráticos (dictatoriales o demás). Lo que sì afirmo es que los sistemas de libres decisiones de las mayorías, con respeto a esas minorías y a todas las personas que componen ambas, poseen mayor legitimidad –y lo propio podría decirse del consenso–, aunque unas y también otras puedan equivocarse. Y en lo que insistiría es en que la legitimidad política democrática (tesis aquí central) constituye la mejor vía y el mejor contenido para lograr avanzar hacia una teoría de la justicia, cada vez más justa, es decir, hacia la auspiciada moral universal (¿la kantiana «paz perpetua»?). Seguiremos con ello, pero anoto ahora que todo esto vale para todas las instituciones, para todos los poderes constituidos y, por supuesto, para en cada momento histórico el propio y fundante poder constituyente.

En esas coordenadas, teóricas y prácticas, sobre legitimidad y justicia, se sitúan las consideraciones que para el contexto español se hacen y se han hecho en estas páginas

procedentes de mis propios libros y artículos de filosofía jurídica y política de esos años[9]. Terminaba en 1975, también por imposición biológica, el régimen del superlativo general Francisco Franco (así lo designaba Francisco Tomás y Valiente) con sus variopintos disfraces antiliberales y antidemocráticos desde 1939 para acá: entre otros, fascismo puro y duro, nacional-catolicismo, desarrollismo tecnocrático y demás, siempre con opresión y represión. Con ello, contra todo ello, se abrían y se fortalecían aquí las vías para una mayor y mejor nueva legalidad, legitimidad y libre justificación moral de la democracia a reconstruir. En tal tarea se enlazaba directamente con las principales y mayoritarias propuestas, luchas y acciones políticas e intelectuales de la siempre ilegal y condenada oposición a la dictadura: aun con esas «variantes» este rotundo rótulo está aquí plenamente justificado. Eso no quita reconocer que el cambio en España se hizo, se tuvo que hacer, con un gran consenso –«mediación»– de manera pacífica pero no sin víctimas y (era el lenguaje de la época) por vías de reforma para la ruptura (no la revolución) contra lo anterior hasta llegar a la Constitución de 1978, y con ella a la reconstrucción del actual sistema democrático en nuestro país. Consenso, pues, y reconstrucción (¿constructivismo?) propugnados por muy ilustres filósofos de la ética y el derecho. Junto a todo ello, anoto aquí (y en otros escritos míos) que ese debe ser el sentido del hoy tan invocado (por ejemplo, en Cataluña) «derecho a decidir» nunca de modo unilateral y omnipotente («referéndum de autodeterminación») sino siempre dentro de sus implicaciones y exigencias de legalidad, justicia y legitimidad en el marco de la Constitución y (¡no se olvide!) de otras disposiciones supranacionales, muy en especial la «Declaración Universal de Derechos Humanos» del 10 de diciembre de 1948.

En el marco de una más estricta filosofía jurídica, ética y política que personal y profesionalmente más me concierne y siempre aquí en esa perspectiva autobiográfica sobre la teoría de justicia, tendría que retornar y reenlazar de nuevo con esa obra mía más académica y comprensiva, cual es (en 1971), *Sociología y Filosofía del Derecho*. En ella yo trataba cuestiones muy en especial de «teoría del derecho» en la orientación de los ya indicados Hans Kelsen, Norberto Bobbio o Herbert Hart, concepción normativa (leyes y jurisdicción, por decirlo abreviadamente). Pero en ella, ya se ha indicado aquí, quedaba también justificado espacio para una «teoría de la justicia», es decir, para las dos principales partes que componen la filosofía del derecho, siempre en conexión con la filosofía ética y política. Autores españoles de la generación de la guerra civil, tanto

9. De esos libros y escritos –no pocos en la prensa de esos años a los que después me referiré– destacaría aquí respecto de la filosofía jurídica y política los dos siguientes: el primero, *Legalidad-Legitimidad en el socialismo democrático*, Ed. Civitas, 1978, especialmente cap. V («Socialismo democrático y derechos humanos»), cap. VI («El Estado democrático de derecho y sus críticos izquierdistas» y cap. VII («Ideología y derecho»). El segundo, S*ocialismo en España: el partido y el Estado*, Ed. Mezquita, 1982, especialmente aquí, cap.6 sobre «El Estado democrático de Derecho en la Constitución de 1978». Es bien sabido que la Universidad y numerosos profesores de ella aportaron conocimientos teóricos y prácticos (así debe hacerse constar, aunque no siempre reconocido por historiadores y demás) para la construcción de la transición y el avance y consolidación, sin triunfalismos pero con razones y eficacias, por la democracia en esos y posteriores años de nuestro país.

en el exilio como en el interior, así respectivamente, Luis Recasens Siches y Luis Legaz Lacambra, como los dos más destacados, encontraban ahí frecuente aunque no acrítica presencia. En esa obra mía se trataba ya de modo explícito de una «teoría de la justicia como proceso más decisivo de construcción de la legitimidad crítica». Aquí los autores españoles serían en mayor cercanía personal y actitud pública, también entre otros, José Luis L. Aranguren, Enrique Tierno Galván, Joaquín Ruiz Giménez o Felipe González Vicén, en posiciones diferenciadas y graduales. Mi punto de vista, normativismo crítico o autocrítico de carácter racional y a la vez con aprecio de la historia (y de una ilustrada historicidad) lo era ante el reductivo positivismo formalista, pero también y sobre todo frente al iusnaturalismo teológico, tan dogmático y poderosamente impuesto en esos y otros tiempos atrás, por el después llamado nacional-catolicismo como ideología oficial del Régimen dictatorial. En un plano más amplio y general puedo decir que estaban ya muy presentes en mi planteamiento y en su plural influencia desde los años sesenta, perspectivas sociológicas y filosóficas de interés europeo derivadas de la llamada Escuela de Francfort, debida a Max Horkheimer, Theodor W. Adorno y también, como dije –uniendo mediación y esperanza–, al gran Ernst Bloch, pero ya, sobre todo, a Jürgen Habermas, en orientación personal mía por un Marx hegeliano y humanista. En claro, mi posición era la del socialismo democrático, incluidas sus «mediaciones» socialdemócratas. Ahí entraba de siempre y como fondo Kant, incluso su presencia en ese Marx humanista, como bien ha estudiado y mostrado Virgilio Zapatero. Espero que mis antiguos alumnos de la Universidad recuerden algunas de las emotivas y argumentadas clases sobre tales aportaciones, así como las duras críticas hacia todo ello por parte de los estudiantes entonces más «radicales» y seguidores de unas u otras ortodoxias, no infrecuentes entre ellos.

Pero, junto a todo ello, de lo que ahora preferente o casi únicamente se tratará es de resaltar y resumir aquí algunos de los postulados, premisas, proposiciones o criterios metodológicos y, a la vez, en ellos el cuadro de valores que estaban enunciados en esa obra matriz mía y que yo consideraba como las más adecuadas fases para una suficiente justificación objetiva de la justicia y, con anterioridad, de la propia legitimidad. Eran seleccionados y casi textuales los siguientes: a) El pluralismo ideológico –en el sentido no siempre deformante de este vocablo– es, desde luego, una constante histórica. Sin que el dogmatismo haya desaparecido, ni mucho menos, de nuestro mundo, parece –decía yo allí– que la tolerancia y la libertad han hecho también progresos y estamos empezando a educarnos en la aceptación de una pacífica convivencia plural. b) Las divergencias filosóficas (concepciones del mundo y juicios de valor) no son simples emanaciones mecánicas de las divergencias (desigualdades) socio-económicas: la supraestructura posee su propia autonomía y el pluralismo ideológico no es sólo un reflejo del pluralismo socioeconómico. Las ideas, el pensamiento, poseen su propio valor, aunque no todas el mismo valor: otra dimensión sobre Marx. c) La concepción de la filosofía jurídica y política que aquí se está propugnando acepta –como es obvio en toda sociología del conocimiento– lo ineludible del condicionamiento real, social, de los productos mentales, pero afirma al propio tiempo la posibilidad de una autonomía

última de la decisión ética del hombre, de los seres humanos. d) Pero la búsqueda de la objetividad dentro de ese esquema pluralista de concepciones del mundo y de sistemas de valores, una objetividad –advertiría– no absolutista, sino también de carácter histórico, gradual y evolutivo, nunca del todo y definitivamente alcanzada, constituye la aspiración legítima y la exigencia central de todo este proceso de investigación. En él será siempre necesaria la confrontación con la lógica, por un lado, mostrando sus diferentes grados de coherencia e incoherencia, y de las ciencias naturales y sociales, por otro, mostrando sus concordancias y discrepancias con la realidad empírica en aquellas verificada, tanto para su hipotética adaptación, pero también para justificar y llevar a cabo los consecuentes cambios en o de ella. Nueva invocación aquí para B. Russell y su compleja y valida diferenciación y relación entre ciencia y filosofía.

«¿Qué hacer, después de todo lo anterior –me preguntaba yo en la casi última página de aquel libro– con los elementos no «controlables» científicamente?». Será a mi entender necesaria una decisoria confrontación racional, es decir, una constante autocrítica en el interior de cada sistema y un no menos constante y libre diálogo contra las diferentes concepciones e ideologías. Todo ello implica a su vez esa confrontación racional, siempre inconclusa y abierta con los valores (derechos humanos o exigencias éticas) de libertad, paz, seguridad e igualdad, derivados como otros del valor central que cabe cifrarse en la dignidad de la persona humana (Ernst Bloch), entendida rectamente como «liberación real de todos los hombres» (de todos los seres humanos). Y concluía, a modo de esta mi personal teoría de la justicia, advirtiendo así de las autolimitaciones y cautelas que sobre ello mantendría, salvando problemas de lenguaje y redacción, hasta el mismo día de hoy: «Aunque comprendo que no están dadas aquí (no sé si lo estarán dadas en algún sitio) las razones absolutamente justificativas para la incuestionabilidad y general aceptación de esos valores del humanismo real, pienso, no obstante, que todos ellos poseen suficiente objetividad histórica y capacidad teórica como para exigir e impulsar una praxis política y jurídica tendente a lograr precisamente su progresiva institucionalización positiva y su efectiva realización en el mundo actual». Reconozcamos, junto a esa gran propuesta, sin excesivo o apresurado optimismo, que hay valores fundamentales (libertad, igualdad, solidaridad y seguridad) que en unas u otras culturas se están ya incorporando cada vez más a ese complejo concepto teórico y práctico que denominamos como la «moral universal».

Hasta aquí lo que puedo decir en esta actual ocasión desde este mi libro de 1971 *Sociología y filosofía del derecho*, formado como ya dije en la segunda mitad de los años sesenta. A él le seguirían, por mi parte, ya en las nuevas y decisivas condiciones políticas de nuestro país, también con lógicas repercusiones en lo que a la filosofía jurídica y política se refiere, una serie de escritos a los que yo daba consciente prioridad real, temporal (histórica), haciendo explícitas mis propias opciones personales teóricas y prácticas. Me refiero a los reunidos en mis libros de 1978 y de 1982, ambos sobre las muy preferentes cuestiones del socialismo democrático. En mi caso yo ayudaba –creo– a ello desde mi trabajo en la Universidad y con las debidas exigencias de todo tipo, contribuyendo a exponer, discutir, razonar y, a veces, también hasta aconsejar desde

fuera de ella en torno a la complejidad de esas nuevas condiciones democráticas tras los cuarenta años de simplicidad dictatorial.

En ese más amplio y exigente contexto, volviendo atrás, también tendría que recordar aquí que en aquel mismo año de 1971 es cuando se publica la muy pronto famosa obra de John Rawls, *A Theory of Justice*[10]. Era y se fue convirtiendo en un complejo y riguroso tratado que, recuperando escritos suyos anteriores, se inscribe en una muy estricta tradición de la filosofía ética kantiana. Pero obra, a su vez, un tanto restrictiva, entre otros, Kelsen, Bobbio o Perelman ignorados. Me parece que con ese tan gran seguimiento y difusión contribuyó muy poderosamente, junto con otras derivadas directas o indirectas de ella, a ese genérico y absorbente, «giro anglosajón», por algunos reducido, no sin razones, en ocasiones, a mera excluyente «escolástica anglosajona». ¿Y lo fue a su vez desde Hart o Raz, ajenos al sentido de la historia y de la sociología de nuestro país, encuadrados en una quizás en exceso unilateral y triunfante iusfilosofía analítica? Son delicadas cuestiones a dilucidar, reconociendo yo desde siempre el rigor de esta con el «Círculo de Viena» y sus importantes continuadores.

Sin duda esta obra de John Rawls, leída y debatida en medio mundo (académico) –de todos son conocidos los dos, algo inarticulados y grandes «principios» y la aún deseada «libertad para todos» así como el nada ingenuo «velo de la ignorancia»– aportó también base para algunas perspectivas plurales en sus numerosas revisiones e interpretaciones. Algunas de ellas, se ha dicho, a modo casi de fino y detallado prontuario casuístico para –no sin finales ambigüedades– el muy desigual *Welfare* americano, incluido el de su mundo jurídico y judicial. Con alto nivel teórico y filosófico estarían así, por ejemplo, entre otras y con también muy diferentes connotaciones acerca de todo ello y con sus propias y determinantes aportaciones, las obras por orden cronológico de Robert Nozick, *Anarchy, State and Utopia* (1974), Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (1978) o Alasdair MacIntyre, *After Virtue* (1981). A estas, y otras, se añadirían, como es bien sabido, las muy significativas del propio primer Rawls, en especial con *Political Liberalism*, dos decenios después, ya en 1993. Un liberalismo político que se presenta en alguno de esos autores como igualitario, no, por supuesto, el de los anteriores «neocons», pero encuadrado a la postre en los límites de la poderosa economía global de mercado. Está allí, en Rawls, todo un mundo (*The Law of Peoples*, 1999), con un lenguaje propio y un sistema, para juristas, filósofos de la ética, la política y el derecho. Con su valor intrínseco, pero quizás de menor intensidad histórica y real para las teorías y las prácticas políticas de otros ámbitos concretos en aquellos tan tensos y difíciles tiempos[11].

10. A esa primera salida en agosto de 1971 publicada por Harvard College en Cambridge, Massachusetts (Estados Unidos), la siguieron enseguida las reediciones en 1972 y 1973 –a esta ya me apunté yo– en Oxford University Press. La traducción al castellano fue de María Dolores González y se publicó por el Fondo de Cultura Económica (México y España) en 1979.
11. Para su presencia entre nosotros, entre las numerosas y más relevantes obras publicadas en castellano sobre aquel, en sus connotaciones de filosofía moral y jurídica (con Kant frente al utilitarismo)

Precisamente durante todos esos tiempos he dedicado –creo– la debida atención por mi parte hacia aquellas teorías de la justicia y del derecho –incluida la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy– pero la verdad es que no de forma prioritaria ni absorbente (también el tiempo le alcanza a uno) y, de todos modos, más a unas que a otras. Más, por ejemplo, de «los derechos en serio» que de las aventuras y desventuras del «Juez Hércules»: para ello ya tengo, ya tenemos, la orientación de nuestro magistrado Perfecto Andrés Ibañez en la mejor línea garantista y constitucionalista de Luigi Ferrajoli. En cualquier caso, mis posiciones –ya ha quedado dicho aquí– congeniaban mejor con el mundo intelectual europeo y, en concreto, alemán del «Instituto de Investigación Social», fundado –ya se indicó– en 1923 (Escuela de Francfort) por Theodor W. Adorno y Max Horkheimer, y, en mis años ya, con Jürgen Habermas como muy principal y personal exponente de aquella «teoría crítica». Leía así con relativa asiduidad algunas de sus primeras obras, como *Teoría y Praxis* (1963) o *Conocimiento e Interés* (1968) como incitación de fondo de carácter más político y social.

Pero leía, leíamos, sus obras también por razones cronológicas de circunstancias históricas o de afinidades intelectuales más cercanos algunos desde el comienzo de nuestros escritos en la disidencia e implicación política –perspectiva Europa– frente al régimen franquista formando parte de la que sería en España una primera generación iusfilosófica de la postguerra. Habermas, nacido en 1929, el mismo año que, entre nosotros, Luis García San Miguel o, después, yo mismo o Gregorio Peces-Barba, durante el periodo de la Segunda República y de la Guerra Civil, con el límite en 1940 de Juan Ramón Capella. Otros también de esa misma generación de futuros profesores de filosofía del derecho aunque, cabe decir, con menor implicación y dedicación en esas cuestiones y realidades políticas serían entonces –recuerdo ahora– Antonio Fernández Galiano, José Delgado Pinto, José Rodríguez Paniagua, Nicolás López Calera o Juan José Gil Cremades. Todos nosotros comenzaríamos a publicar artículos y libros desde los años sesenta o setenta y ya, recuperada la democracia, a lo largo de los sucesivos decenios hasta bastante después, cada cual con sus propias aportaciones y evoluciones. Así contribuiríamos también a dar entrada, en similar dicotomía ante nuestra circunstancia política, –qué remedio– a críticos y –como debe ser– desleales sucesores de una,

destacaría aquí la muy completa, muy elaborada e ¿interiorista? de Miguel Ángel Rodilla, *Leyendo a Rawls* (Ediciones de la Universidad de Salamanca, 2006) en cuanto, creo, que fue su primer, constante y valioso interprete suyo. También la más plural y crítica de nuestro colega mexicano Rodolfo Vázquez, *Teorías contemporáneas de la justicia* (Universidad Nacional Autónoma de México, 2019): junto a su análisis de la obra de Rawls, se señalan con fundamento los últimos seguimientos y discrepancias de ella en línea preferente con el constructivismo y el liberalismo igualitario (Carlos Nino y Ernesto Garzón Valdés) así como su grado de presencia en el mundo actual, incluido el mundo español e iberoamericano: en la parte que me toca, como uno más de ese mundo, agradezco la generosa mención a mi viejo libro Estado de Derecho y sociedad democrática (1966) en sus páginas 249 y 250. El «erizo» John Rawls, nacido en 1921 falleció en 2002: Fernando Vallespín se ha ocupado también de sus obras y, siempre necesario, de situarlas en su biografía que bien convendría escribir (o traducir).

que sería ya, la segunda generación (¿hoy ya otra, tercera?) de filósofos éticos, políticos y jurídicos[12].

Volviendo a Habermas y a través de su decisiva y quizás su obra de importancia más relevante, *Teoría de la acción comunicativa* (1981), las principales cuestiones también aquí planteadas se referirán –como ya se ha dicho en páginas anteriores– pero ahora con otro lenguaje, al modo en que las decisiones en la esfera pública social habrían de adaptarse (procedimientos) para que fuesen justas (o más justas); y a la vez, precisamente para saber qué significaba ser justas, es decir, cuál sería el enunciado y la configuración racional, «el discurso», de una teoría (ética, pero también jurídica) de la justicia. La pregunta es del propio Habermas: «¿Qué podría aportar esta teoría de la acción comunicativa en la comprensión de los procesos de racionalización social?». Sus respuestas –creo– van siempre y en muy diferentes ocasiones en esta misma siguiente dirección: «En la medida en que las acciones de diversos participantes en la comunicación quedan coordinadas a través del entendimiento, son las condiciones formales, que ha de cumplir un acuerdo previo para poder ser calificado de racionalmente motivado, las que deciden acerca de cómo tal relación social puede racionalizarse. Tal relación social puede considerarse racional en la medida en que las posturas de afirmación y negación, que sirven de soporte al consenso de cada caso, surjan de los procesos de interpretación de los participantes mismos». Y señala también Habermas en la buena conclusión de su actitud teórico-práctica: Ella «contribuiría a la formulación de una teoría de la acción comunicativa y una teoría de la racionalidad. Era el fundamento –dice– de una teoría social crítica y ha abierto el camino para una concepción de la moral, del derecho y de la democracia en términos de teoría del discurso»[13].

En ese contexto, pero avanzando y adelantando cronológicamente en la fuerte tarea de Habermas, reconozco que mi mayor prevalente confluencia con él habría de producirse, hasta con nostalgia, a consecuencia de la publicación de su obra de 1992 *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de Derecho en términos de teoría del discurso*[14]. He de decir que contrastando ya los dos rótulos de ellas (alemán y

12. Para antes y a la vez en todo esto, tenemos –junto a diferentes ensayos y resúmenes de otros autores acerca de parte de ese periodo concreto– el libro de Benjamín Rivaya, *Una historia de la filosofía del derecho española del siglo XX*, Iustel, 2010 (desde 1901 a 2000 exactamente).
13. Sobre estas y otras tan decisivas cuestiones la bibliografía sobre Habermas es, también en nuestro país, casi inabarcable. Por reducirme a libros más cercanos aquí a nuestros temas y posteriores a esa obra suya de 1992, mencionaré sólo los siguientes: el de José Antonio Gimbernat (Ed.) *La filosofía moral y política de Jürgen Habermas* (Madrid, Biblioteca Nueva, 1997) con valiosos colaboradores foráneos (Thomas McCarthy en especial) y españoles como Javier Muguerza, Ignacio Sotelo, Fernando Vallespín (autor también del «Diálogo entre gigantes. Rawls y Habermas») y Cristina Lafont; el de Juan Carlos Velasco Arroyo, *La teoría discursiva del derecho. Sistema jurídico y democracia en Habermas*, con prólogo de Javier Muguerza (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales y Boletín Oficial del Estado, 2000) y el de Evaristo Prieto Navarro, *Jürgen Habermas: acción comunicativa e identidad política* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003).
14. El título de ella en alemán era –recuérdese– el de Faktizität und Geltung. Beitrage zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats, publicada por Suhrkamp Verlag y traducida al

español) me han surgido dudas que provocan una modesta y sucinta reserva mía con respecto a la segunda, derivada no, por supuesto, de cuestiones de estricta traducción sino más bien de interpretación que el lector podría trasladar al resto (contenido) del libro. Se trata, como puede comprobarse, del término «Geltung», correspondiente aquí, pero más amplio, creo, que el de «Validez», este mucho más concreto y reducido al menos para los juristas y la propia filosofía del derecho. Me atrevería por ello a sugerir que tal vez la más correcta traslación podría ser ahí la de «normatividad» contrapuesta precisamente a la de «facticidad». Anoto aquí –por lo que pueda valer– que, por su parte, la traducción inglesa de esta obra de Habermas, hecha por William Rehg, lleva precisamente como título la de *Between Facts and Norms* (Cambridge, Massachussetts, de MIT Press, 1995). «Validez» es vocablo que en su uso suele aplicarse más, vinculado a legalidad, dentro del sistema u ordenamiento jurídico: es decir, en la estricta teoría del derecho positivo como (casi) sinónimo de vigencia, de estar en vigor (eficiencia) con el apoyo de quienes, legisladores y jueces, tienen el poder para ello: más arriba de estas páginas recordaba yo que «el derecho válido (teoría del derecho) no vale siempre para lo mismo (sociología del derecho), ni, con el reconocimiento universal de los derechos, vale ya lo mismo (filosofía del derecho)». En cambio, el tema del Estado democrático de Derecho, que es de lo que trata aquí Habermas, es cuestión que tiene que ver plenamente con la legitimidad: es decir, con su «patriotismo constitucional» y con el reconocimiento universal de los derechos, desde valores derivados de normas de carácter ético y político de las que proceden también, como propuesta racional a implantar, las de carácter jurídico. De ahí que esa triada con normas de legitimidad («Geltung») me parezca a mí que encajan más bien o también en el concepto de «normatividad», a modo de contraste ante el de mera «facticidad». En cualquier caso, esta propuesta y sugerencia mía (*facticidad y normatividad*) queda abierta –que conste– a la consulta y mejor criterio de otros especialistas incluidos los más profundos conocedores en nuestro país de la obra del propio Habermas[15].

Entre todos ellos y con esa doble alta caracterización debo referirme aquí, aunque sea con brevedad, a nuestro muy importante colega y gran amigo argentino universal, el siempre recordado Carlo S. Nino (1943-1993). Dentro de su extensa obra, en este tema de ahora sitúa aquel con conocimiento y rigor su propia posición «entre Rawls y Habermas» en varios trabajos de su libro *El constructivismo ético*. En especial en el capítulo V así titulado, «Constructivismo epistemológico: entre Rawls y Habermas» y en su trasfondo más general del capítulo VII, «Kant y Hegel otra vez». Señalaba allí Carlos

castellano sobre la cuarta edición revisada, de 1994, por Manuel Jiménez Redondo (Madrid, Editorial Trotta, 1998), gran traductor éste de casi todas sus obras.

15. Por el momento las he pasado «a consulta» a dos muy cercanos y prestigiosos colegas iusfilósofos, a la vez muy principales conocedores, junto a los mencionados en la nota anterior de la filosofía jurídica y política habermasiana: me refiero a los profesores Manuel Atienza (Alicante) y Juan Antonio García Amado (León). A la espera quedo de sus siempre muy motivados y argumentados informes a los que, seguro, otros de esos mismos saberes les seguirán.

Nino: «En síntesis, Habermas coincide con Rawls en que hay presupuestos formales, como el de la imparcialidad que son decisivos para la validez de principios morales. Pero –añade–, mientras para Rawls ellos son presupuestos formales del razonamiento moral monológico, para Habermas ellos son reglas de una práctica social de discurso intersubjetivo». Por su parte, en la obra del ya citado antes Rodolfo Vázquez, se puntualiza que «entre el constructivismo formalista de Rawls y el constructivismo ontológico de Habermas, Nino propone lo que ha llamado un constructivismo epistemológico» (Capítulo noveno, «Justicia como procedimiento (democrático) y deliberación»)[16].

Con ese complejo bagaje en mi vieja y, siempre espero, renovada conformación, debida, en buena parte, a tan importantes y sugerentes gentes políticas e intelectuales, reenlazo otra vez con el tiempo que fue, de mis propias hipotéticas aportaciones, precisamente en esos decisivos momentos de la transición en nuestro país desde (contra) el régimen franquista y hacia la democracia política y constitucional. Eran años finales de los setenta en los que a escala global se planteaban –recuérdese– fuertes y negativos desafíos al progresivo Estado social europeo, en amplia medida implantado como solución desde el final (1945) de la segunda guerra mundial. Contra ello se alzaba un treintenio después el fundamentalismo conservador economicista de sentido neoliberal y, a su vez, el de carácter más tradicional y eclesiástico desde, como símbolos, los gobiernos de Karol Wojtyla (1978), en el Pontificado Romano, Margaret Thatcher (1979), en Gran Bretaña y Ronald Reagan (1980), en los Estados Unidos. «Revolución conservadora», llamaban así a lo que no era sino «conservadora reacción». Tengo escrito como muy significativo –téngase presente con respecto a nuestro país– que en unos u otros diversos aspectos y condicionamientos la ilusionante y tan esperada transición española a la democracia tuvo que hacerse a todos los efectos dentro de ese negativo contexto global. El de un fundamentalismo sin fundamento de «neocons y teocons», como poderoso obstáculo para planteamientos desde, por ejemplo, el socialismo democrático o la propia socialdemocracia, ambos legítima y justamente legalizados en la Constitución de 1978: y, a la vez, con muy amplia legitimación por gran parte de la sociedad civil que daría lugar a los avances del gobierno socialista de 1982 a 1996. Digamos, sin grandilocuencias, que había que trabajar también desde la Universidad (juristas, economistas, las ciencias sociales…) en la teoría y la praxis de todo aquello que entonces se empezaba a reconstruir y fortalecer en tal todavía difícil y decisiva situación. No se olvide, como grave síntoma de ello, el «golpe militar», derrotado todavía en febrero de 1981 (¡antes y después!). Fueron estos mis años de mayor colaboración con la prensa (en especial con

16. Carlos S. Nino, El constructivismo ético, (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989): para los textos mencionados pág. 104 y ss. y pág. 135 y ss. (y para la puntualización en el libro de Rodolfo Vázquez, pág.290). Expresamente señala Nino (en esa vía también Ernesto Garzón Valdés) que «el constructivismo ético conduce al liberalismo político». Sobre ello véase, también de 1989, la obra de aquél, Ética y derechos humanos (Buenos Aires, Astrea). El debate era (y es) aquí la mayor o menor confluencia y/o aproximación de ese «liberalismo igualitario», respecto a los postulados nuestros del socialismo democrático.

«El País») y otras vías con artículos, algunos después reunidos en el libro *La transición a la democracia (Claves ideológicas, 1976-1986)* Eudema, 1987.

Desde ahí, precisamente en ese contexto de nuestra realidad (historia e historicidad, sentido de la historia) retorno en el tema de fondo a mis propios proyectos de entonces ya quizás más en línea de una filosofía ética y política, que de una más estricta e interna teoría jurídica. Así al menos veía yo su mayor interés y urgencia incluso en su perspectiva socio-económica. Con ese propósito surgieron, por mi lado, los trabajos concretos que dieron lugar –subrayo– en ese decenio de los ochenta a dos libros, que casi forman un todo progresivo, como fueron *De la maldad estatal y la soberanía popular* (1984) y *Ética contra política. Los intelectuales y el poder* (1990). Doy aquí noticia de cada uno de esos trabajos para evitar que los títulos generales de los libros, un tanto excesivos, los dejen postergados u olvidados. Así, en las extensas explicativas «nota preliminar» e «introducción» a uno y otro se da ya cuenta y razón de tales concretas situaciones políticas y sociales que simbolizaban los quizás también paradójicos títulos de ambos. En el primero de esos libros (1984) se contenía una parte (polémica)sobre «Mayorías y minorías, la reconstrucción de la razón», con los fundamentales consensos incluidos, con epígrafes «Para una teoría crítica de la legitimidad» y «Razón práctica y legitimidad democrática»; y otra parte con epígrafes más distanciados o «revisionistas» sobre «Marx y la teoría marxiana del Derecho y del Estado», ambos ya presentes en los trabajos contenidos en los libros de entre los setenta y los ochenta antes mencionados aquí en la nota novena. Esto se completaba con (1981-1982) el análisis y las observaciones críticas mías sobre el discípulo predilecto más cercano y quizás disidente entonces del tan respetado Jürgen Habermas: se titulaba –proclamando él la irremediable, para mí, la muy problemática, identidad– «Claus Offe: Lógica del capital y democracia representativa». Prefiero –como digo– dar todos estos datos en este texto general para subrayar mejor su explícita y directa relación con los temas –justicia y legitimidad– que entonces y ahora aquí se están tratando. En el segundo, más decisorio de los mencionados libros (de 1990) volvía sobre Claus Offe –ahora en favor de los movimientos sociales– con más acuerdo con él dentro de «Las razones del socialismo». Y ante todo, profundizando y clarificando sobre los temas centrales del anterior libro, trataba yo de una explícita construcción y concreción de una diferenciada «teoría de la justicia» en el epígrafe definido precisamente como «La justificación de la democracia». También se incluía en dicho libro (segunda parte) una ampliación de la situación política e intelectual española de esos años titulado «La cultura en la oposición, la cultura en la transición».

De ello, con los resúmenes que resaltaré a continuación, es de lo que me ocupé de modo preferente –atendiendo también a los autores clásicos, incluso contemporáneos– durante ese periodo de los ochenta y buena parte de los noventa. Creo que asimismo valdría para hoy, sin romper esa coherente continuidad, en especial para el análisis del tan complicado decenio hispánico 2010-2020 (¿«en busca del decenio perdido»?) por lo demás, dentro y después de él, con propuestas válidas para esos «momentos» aun sin la gran respuesta final. Muy de acuerdo todo ello con mi ya reiterado entendimiento y comprensión de la historia como proceso, gradualidad, evolución (positiva, de avance,

o negativa, de retroceso). En el segundo de los mencionados libros, estableciendo una relación de explícita y necesaria conexión entre «Legitimidad democrática del Derecho y del Estado» y «Ética y teoría crítica de la justicia» concretaba, nada menos, que en dos sucesivos «decálogos» las principales exigencias de una y otra, siempre la primera como mejor vía para la segunda. Quedaba escrito allí, para el entendimiento del mejor liberalismo, que las alegaciones por un socialismo democrático querían «dejar bien firme desde el principio mismo ese *minimun* ético formado por la libertad de expresión, de opinión, de participación pública»[17].

Esa legitimidad democrática, esos derechos que son allí imprescindibles, constituyen la base de lo que en la mejor historia de aquella permiten hablar –téngase en cuenta– de la «democracia como moral», como entre nosotros hizo el profesor de ética J. L. Aranguren, todavía en aquellos tiempos del régimen franquista. Pero, junto a ello, habría que recordar que otros más jóvenes y en la oposición más directa a la dictadura, ya veníamos también invocando y definiendo expresamente la «democracia como política» y en conexión con ella la que llamaríamos –yo mismo– la «democracia jurídica», o sea, el Estado Democrático de Derecho. Desde la mejor filosofía kantiana (no formalista) tal incipiente democracia moral se apoyaba –recuérdese– en la doble formulación de su imperativo categórico; a) que puedas querer que tu norma de conducta (autonomía individual) pueda valer como norma universal de conducta; y b) que tomes siempre al ser humano como un fin en sí mismo y no como medio para otros fines. De ahí, en expresa correlación, la democracia política exigiría: a) la participación en las decisiones; y b) la participación en los resultados, o sea, en derechos y libertades y democracia más social y justa economía. Sobre ello, tercer nivel, la democracia jurídica (Estado de Derecho), se concretaría desde este breve esquema en: a) el imperio de la ley como expresión de la voluntad (soberanía) popular; y b) garantía judicial y efectiva realización material de tales derechos y libertades. Lo cual, implicaba, la coherente división de poderes y subordinación institucional entre ellos: del ejecutivo al legislativo y al judicial (y todos al constitucional). Desde este fundamental esquema, sobre legalidad y legitimidad, debatía desde siempre la filosofía ética, jurídica y política; y también aquellos libros míos de los años ochenta y noventa con su prolongación y revisión hasta hoy, con largo intermedio ya en las complejas condiciones de una sociedad democrática y unas instituciones estatales en tiempos para todos de relativa normal consolidación, pero también de grandes corrupciones e invadentes incontrolables tecnologías, que exigen, como réplica, lo mejor de la ética y la política[18].

17. *Ética contra política* (1990), ya citado, pág. 41 y asimismo las páginas 51 y 59 para la enumeración, comunicación y prevalencias entre los mencionados «decálogos» y en referencia a la más fuerte «teoría de la justicia». También yo, releyéndolos hoy, diferenciaría pero no separaría entre las propuestas más coyunturales de aquellos años y las más permanentes (estructurales) para ese objetivo de la moral universal.

18. En mi Autobiografía en fragmentos (págs. 123 y 124), ya citada aquí en la nota 2, se incluye una referencia a relecturas posteriores (y anteriores en otros trabajos) de esa fuerte e imprescindible conexión, para nada confusión entre ética, política y derecho. Ello es, creo, lo más atendible del proceso histórico que

Para una conclusión, como siempre abierta y mejorable, en definitiva, yo subrayaría la raíz –aquí sí– radical de la democracia, su más profunda justificación –teoría de la justicia– en todos esos valores y realizaciones de sentido ético, político y jurídico derivados de la Ilustración, a pesar de sus consideraciones históricas y de sus propias patologías a superar. Por supuesto, es evidente que la legitimidad democrática de esas tres básicas referidas dimensiones no es ya sin más la «moral universal» ni la «justicia final» (o algo así). Pero siempre ha de verse como aproximación, conexión (otra vez «mediación») como buena instancia, la más fundamentada de la que aquí denominamos como esa «moral universal»: objetivo en los dos sentidos de una teoría de la justicia con base en un cognoscitivismo coherente y siempre problemático precisamente en sociedades plurales y en un mundo global también plural que de hecho y derecho se exige respetar. Sin abandonar para nada esos grandes objetivos, de todos modos, en especial en las ciencias sociales, dadas esas difíciles condiciones –advertía yo– «es difícil saber siempre y sin lugar a dudas lo que sea exactamente justo en cada situación real o en cada concreto conflicto ético que pueda o no pueda plantearse» (…) «No siempre se tiene ya en la mano la receta mágica, la fórmula exacta e infalible para resolver absolutamente todos los supuestos de la casuística moral y, ni siquiera, de la vida real» (política o social). Sin embargo, aún con tales dificultades teóricas y prácticas, así como el sentido de la historicidad, tampoco querría yo acabar estas disquisiciones mías con la pesimista conclusión que a veces, entre bromas y veras, intercambiamos entre los más cercanos colegas y amigos, asumiendo que ante la petición de concretar más esa fórmula total, esa gran teoría de la justicia uno concluya terminante que «yo no la sé, ni sé de nadie que la sepa»[19].

Como se ve, por fortuna (para mí, sobre todo) no he sido coherente con tan rotunda afirmación (o, mejor dicho, negación), pues seguí repensando y escribiendo sobre ello, es decir, sobre alguna posible mejor justificación ética del derecho o de la política. Y también sobre intelectuales que han aportado buenas pistas sobre tal cuestión, como en *Los viejos maestros: La reconstrucción de la razón*, libro-recopilatorio de quienes lo fueron para mí (Alianza Editorial, 1994) o en similar orientación de los que van incluidos en la obra *De la Institución a la Constitución. Política y cultura en la España del siglo XX* (Editorial Trotta, 2009). Asimismo en estos mis papeles de ahora, están siempre presentes, para bien, y entre otros, los apreciados Norberto Bobbio, Jürgen Habermas y John Rawls, aunque no me prive de unas u otras observaciones críticas

lleva de la democracia representativa a la democracia participativa (doble participación) y, totalmente coherente con lo señalado hasta aquí, a la democracia deliberativa. De todos modos, sobre esta última recordaría, en concreto, las obras, entre otras, de José Luis Martí La república deliberativa. *Una teoría de la democracia* (Marcial Pons Ed., 2006) o la de Andrea Greppi, Concepciones de la democracia en el pensamiento contemporáneo (Ed. Trotta, 2006) en especial los capítulos IV y V de ella.

19. Revolviendo entre mis escritos, encuentro textualmente esa nihilista y retadora provocación en Ética contra política (1990, pág. 63), y también después en 1994 en la larga conversación con Francisco Laporta y Alfonso Ruiz-Miguel reproducida en mi ya citado libro *Un itinerario intelectual* (2003), pág. 118.

acerca de ellos. Igual ocurrió en mi libro posterior (como tal propiamente el último) titulado *El Derecho y el poder. Realismo crítico y Filosofía del Derecho* (Dykinson, 2013): en su primera parte allí, sería paradójicamente Hans Kelsen el principal protagonista, a su vez con la necesaria diferenciación de este «realismo crítico» respecto del realismo jurídico empirista escandinavo (Alf Ross o Karl Olivecrona), o también del «realismo judicialista» anglosajón (O. W. Holmes o Roscoe Pound) y de otros más recientes, «critical legal studies», específicamente americanos, todos ellos con valiosas y atendibles proposiciones[20]. En la segunda parte (vuelvo a lo más cercano y apreciado) se hacía en este libro una evocación, semblanza y homenaje a dos queridos amigos, ya fallecidos, los filósofos del derecho, antes mencionados, Luis García San Miguel (1929-2006) y Gregorio Peces-Barba (1938-2012); también con ellos en la misma proximidad afectiva, al historiador del derecho y Presidente del Tribunal Constitucional español, Francisco Tomás y Valiente, vilmente asesinado por la organización terrorista ETA aquel 14 de febrero de 1996, y al muy activo catedrático de derecho internacional, Roberto Mesa (quien murió el 25 de febrero de 2004 tras larga y dura enfermedad). Juntos pues en todos ellos los afectos y los conceptos.

Quiero añadir a todo lo anterior, ahora con un carácter más académico y gremial, que las de estas páginas son conversaciones desde siempre mantenidas con aquellos más coetáneos (de la aquí llamada «primera generación») y posteriormente también, sobre todo, con los más jóvenes y numerosos exponentes de la ya también aludida «segunda generación» de iusfilósofos españoles: es decir, con los nacidos después de 1945, cuando ya todo, o sea, el tiempo de las dos guerras, había terminado. De éstos, con firme protagonismo teórico y profesional creciente desde las décadas finales del viejo siglo y todos los comienzos del nuevo, proceden –en diálogo– algunas de estas mis actuales reflexiones y conclusiones. Por lo general los aquí aludidos publican ya desde después de 1975, concordantes desde el pluralismo con la construcción política y jurídica del sistema democrático y constitucional de 1978, con más detallados análisis filosóficos de las nuevas legalidad y legitimidad, es decir, de la teoría del derecho y la teoría de la justicia. Sus nombres y obras figuran en las bibliografías de todos los libros y revistas desde tales años: serían así, entre otros, con más cercanía mía, personal e intelectual, con

20. Ese libro –quiero remarcarlo– procede en su primera parte de la «lección» que hube que preparar para el acto de mi investidura como doctor «honoris causa» por la Universidad de Alicante el 30 de mayo de 2008, distinción conferida –a iniciativa del profesor Manuel Atienza– junto a la de los muy ilustres filósofos del derecho Robert Alexy, Eugenio Bulygin y Ernesto Garzón Valdés. (Al primero le expliqué en broma que sus seguidores eran aquí conocidos como «los salesianos»: no sé si me entendió). Un breve resumen de mi intervención allí me sirvió también para la que hice en el Acto celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, el 26 de abril de 2010 en la presentación del número 19 de la «Revista Jurídica» a mí dedicado con motivo de la jubilación oficial como catedrático de esta Universidad; se publicó después en la revista «Sistema», núm. 217 (2010) con el expresivo rótulo –por eso lo recuerdo de nuevo aquí– «El poder de la legalidad, la razón de la legitimidad»: esa es quizás la «clave» de no pocas de nuestras dilucidaciones e ilustraciones. Para esos otros mencionados realismos pueden verse en este libro mío (nota 13, pág. 54) las referencias, en especial a los ya clásicos de Liborio Hierro, Rafael Hernández Marín, Juan A. Pérez Lledó o José Ignacio Solar Cayón

ellos y con sus respectivos departamentos, (perdón por la desordenada enumeración) Francisco Laporta, Manuel Atienza, Liborio Hierro, Alfonso Ruiz Miguel, Virgilio Zapatero, José Antonio García Amado, Juan Ruiz Manero, Josep Aguiló, Juan Carlos Bayón, Julián Sauquillo, Eusebio Fernández, Juan José Moreso, Javier Ansuategui, José A. Estévez Araujo, Antonio E. Pérez Luño, Javier de Lucas, Luis Prieto, Miguel Ángel Rodilla, Ricardo García Manrique, Jose I. Lacasta, José A. Ramos Pascua, Benjamín Rivaya o Pablo de Lora. Y siempre también –fallecido todavía joven (1949-2000)– Albert Calsamiglia. Después de ellos, con algunos de ellos y de otros ¿entraríamos ya en una fuerte y muy plural «tercera generación»?. Dentro de esta historia, y entre mis fallos e insalvables olvidos, tengo que hacer constar que hasta 1979 quien suscribe no encuentra la presencia con doctorado de mujeres iusfilósofas en nuestro país. Es ya a partir de los años noventa cuando –creo– comienza a anotar los nombres y leer los escritos de María José Añón, Marina Gascón, Ángeles Rodenas, Isabel Lifante, Marisa Iglesias, Carmen Barranco, María Isabel Garrido, Cristina García Pascual, Teresa Picontó, Gema Marcilla, Isabel Turegano, entre otras doctoras, así como, en nuestra UAM, Elena Beltrán, Cristina Sánchez, Cristina Hermida o Silvina Álvarez (reconozco que esta diferenciada nota resulta hoy anacrónica, discriminatoria y quizás del todo innecesaria, pero mejor ya dejarlo así)[21].

Sobrepasando años y cansancios mil no me resisto a que estas últimas palabras de mi escrito se dirijan ahora a concretar aún más algunas de las exigencias políticas e institucionales –incluso pensando en una necesaria reforma constitucional– de nuestra democracia dando entrada a una para nada original pero necesaria, explícita y triple propuesta en pro –a mi juicio– de un Estado social, laico y federal. Un Estado social no sólo de mera recuperación de un ya reductivo y tecnocrático Estado del bienestar (manejado, no se olvide, por los «neocons» y también el Estado laico por los que yo llamo «teocons») más bien orientado ese Estado social, desde la subordinación de la economía de mercado y el sometimiento del poder de las grandes multinacionales a los intereses públicos y generales. Un Estado laico, no sólo aconfesional, en la efectiva prevalencia estatal (lectura francesa y europea) sobre la eclesial aun plural (lectura americana y otras más). Un Estado federal, más allá del, por fuerza, improvisado autonómico actual sobre bases de mejor, más ajustada y coherente organización y regulación constitucional frente a las determinaciones dogmáticas del secesionismo rupturista catalán. (Acerca de todas esas propuestas y exigencias disponemos de excelentes especialistas en nuestro país, con publicaciones teóricas y experiencias prácticas de alta capacidad). Con todo

21. Una selección aún más amplia, a la vez más ordenada y temática, de los actuales iusfilósofos españoles en su totalidad, puede encontrarse en la edición especial de «Doxa» como «Homenaje en su jubilación de Francisco Laporta y Liborio L. Hierro, con presentación del acto (25 de noviembre de 2016) y de aquella edición (2017) por el catedrático de la UAM, Alfonso Ruiz Miguel. Allí va también mi puntual y detallada exposición nominal sobre «Filosofía del Derecho en la UAM: Génesis, conflictos, normalización», extendida a lo largo de estos años de 1971 a 2017, con sus precedentes desde 1960 (pp. 327-341).

ello asumido me limitaría en este final a señalar –tema central de estas páginas– que la bien definida como «legitimidad democrática» se constituye –a mi juicio–, en un doble objetivo, como el mejor modo y sistema de gobierno (Estado de Derecho) y, a la vez, como la mejor vía para avanzar con fundamento y contenido hacia lo que en este escrito se ha denominado como «teoría de la justicia» e, incluso, como «moral universal»[22].

Madrid, 1 de septiembre de 2021

BIBLIOGRAFÍA

Bobbio, Norberto: *Il dubbio e la scelta. Intellettuali e potere nella società contemporanea*, Carocci, Roma, 1993.

Díaz, Elías: «Substanciación de lo colectivo y Estados totalitarios», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. VIII, 1961.

Díaz, Elías: «Teoría general del Estado de Derecho», en *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, núm. 131, septiembre-octubre, 1963.

Díaz, Elías: *Sociología y Filosofía del Derecho*, Editorial Taurus, 1971.

Díaz, Elías: La filosofía social del krausismo español, Fernando Torres Editor, Valencia, 1973.

Díaz, Elías: Notas para una historia del pensamiento español actual, Edicusa, *Cuadernos para el Diálogo*, Madrid, 1974.

Díaz, Elías: *Legalidad-Legitimidad en el socialismo democrático*, Ed. Civitas, 1978.

Díaz, Elías: *Socialismo en España: el partido y el Estado*, Ed. Mezquita, 1982.

Díaz, Elías: *De la maldad estatal y la soberanía popular*, ed. Debate, Madrid, 1984.

Díaz, Elías: *La transición a la democracia (Claves ideológicas, 1976-1986*, Eudema, 1987.

Díaz, Elías: *Ética contra política. Los intelectuales y el poder*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990.

Díaz, Elías: *Los viejos maestros: La reconstrucción de la razón*, Alianza Editorial, Madrid, 1994.

Díaz, Elías: *Un itinerario intelectual. De filosofía jurídica y política*, Biblioteca Nueva, 2003.

Díaz, Elías: *De la Institución a la Constitución. Política y cultura en la España del siglo XX*, Editorial Trotta, Madrid, 2009.

Díaz, Elías: *El Derecho y el poder. Realismo crítico y Filosofía del Derecho*, Dykinson, 2013.

Díaz, Elías: «Filosofía del Derecho en la UAM: Génesis, conflictos, normalización», en *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, ed. especial, 2017, pp. 327-341.

22. Dentro de este gran esquema general, subrayo que en mi conversación jurídico-política con el profesor de la Universidad de Oviedo Benjamín Rivaya, publicada en la Editorial Trotta en 2018 y ya citada aquí en la nota segunda, se analiza y razona con algún mayor detalle en lo referente y preferente a la propuesta de «Estado federal» como posible, aunque difícil, vía de solución con verdadero diálogo ante tal obsesiva doctrina única y mítica del secesionismo independentista. Ahí estarían los llamados «identicons» (tercera adscripción) como antiejemplo en el País Vasco, con diversos partidos tras la derrotada ETA y, sobre todo, –lo reitero– actualmente en Cataluña tras los ilegales e ilegítimos intentos separatistas del decenio anterior y, en especial, desde 2017 hasta hoy. Están, ya digo, en ese libro de título *Autobiografía en fragmentos* (págs. 110 y 114-117) y también en otras muy frecuentes intervenciones personales mías de muy diferente carácter y difusión pero –estoy seguro o así lo espero– con muy positivos, coherentes y contrastados efectos.

Díaz, Elías: *Autobiografía en fragmentos: Conversación jurídico-política con Benjamín Rivaya*, Editorial Trotta, Madrid, 2018.

Dworkin, Ronald: *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1978.

Gimbernat, José Antonio (Ed.) *La filosofía moral y política de Jürgen Habermas*, Biblioteca Nueva, Madrid, 1997.

Greppi, Andrea: *Concepciones de la democracia en el pensamiento contemporáneo*, Ed. Trotta, Madrid, 2006.

Habermas, Jürgen: *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de Derecho en términos de teoría del discurso*, trad. M. Jiménez Redondo, Trotta, Madrid, 2008.

Habermas, Jürgen: *Teoría y Praxis*, Tecnos, Madrid, 2002 (original alemán, 1963).

Habermas, Jürgen: *Conocimiento e Interés*, trad. M. Jiménez Redondo, Universidad de Valencia, 1995 (Original alemán, 1968)

Habermas, Jürgen: *Teoría de la acción comunicativa*, trad. M. Jiménez Redondo, Madrid, Taurus humanidades, 1999 (Original alemán, 1981).

Macintyre, Alasdair, *After Virtue*, University of Notre Dame Press, 1981.

Martí, José Luis: *La república deliberativa. Una teoría de la democracia*, Marcial Pons Ed., Madrid, 2006.

Nino, Carlos S.: *El constructivismo ético*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.

Nino, Carlos S.: *Ética y derechos humanos*, Astrea, Buenos Aires,1989.

Nozick, Robert: *Anarchy, State and Utopia*, Basic Books, 1974.

Prieto Navarro, Evaristo: *Jürgen Habermas: acción comunicativa e identidad política*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003.

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

Rawls, John: *Political Liberalism*, New York, Columbia University Press,1993

Rawls, John: *The Law of Peoples*, Harvard University Press, 1999.

Rivaya, Benjamín: *Una historia de la filosofía del derecho española del siglo XX*, Iustel, 2010.

Rodilla, Miguel Ángel: *Leyendo a Rawls*, Ediciones de la Universidad de Salamanca, 2006.

Ruiz-Miguel, Alfonso: *Filosofía y Derecho en Norberto Bobbio*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983.

Vázquez, Rodolfo: *Teorías contemporáneas de la justicia*, Universidad Nacional Autónoma de México, 2019.

Vallespín, Fernando: «Diálogo entre gigantes. Rawls y Habermas», en *Claves de razón práctica*, n.55, 1995, págs. 48-55.

Velasco Arroyo, Juan Carlos, *La teoría discursiva del derecho. Sistema jurídico y democracia en Habermas*, Centro de Estudios Constitucionales y Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2000.

VVAA: *Revisión de Elías Díaz, sus libros y sus críticos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.

ARTÍCULOS

Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, (2022), *45*
e-ISSN: 2386-4702 | ISSN: 0214-8676

El *homo europeus*. ¿Imposible sujeto cultural de una democracia europea?

The *Homo Europeus*. An Imposible Cultural Subject of an European Democracy?

Peter Ehret

Autor:
Peter Ehret
Universidad de Granada, España
peter.ehret85@gmail.com
https://orcid.org/0000-0003-0301-6836

Recibido: 12-2-2021
Aceptado: 13-8-2021

Citar como:
Ehret, Peter (2022). El *homo europeus*. ¿Imposible sujeto cultural de una democracia europea? Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, *45*, pp. 71-97. https://doi.org/10.14198/DOXA2022.45.03

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

© Peter Ehret

Resumen

El monismo del Estado nación sigue dominando la discusión sobre la democracia europea. La teoría política no toma en consideración a la europeización de las identidades nacionales porque todavía no ha superado su dependencia del concepto del Estado-nación. La exitosa integración de la sociedad individualizada y fragmentada en la época moderna no dio lugar a considerar otras alternativas al sujeto político nacional, lo que llevó a justificar la democracia mediante la homogeneización cultural. De esta forma, se descartaron modelos que operaban con la relativización cultural en el Estado constitucional. Esto no sólo nos habría permitido plantear la democracia más allá del Estado-nación, sino que también se pierde la oportunidad de pensar un *demos* europeo. Sin embargo, una vía alternativa la encontramos consecutivamente en Ferguson, Hegel y Simmel. Su premisa: el «refinamiento», la identidad cultural a raíz de la «eticidad» propia de un Estado racional, corresponde con la evolución de las identidades nacionales observada en el contexto de la integración europea. Esto abre el paradigma nacional de la democracia al *demos* europeo. La recuperación de estos tres autores puede servir para solucionar el déficit democrático de la Unión Europea, ya que nos capacita para detectar la existencia de una esfera pública transeuropea y comprender su relación con los respectivos discursos nacionales. Estas conclusiones facilitan la justificación de reformas institucionales para completar las democracias nacionales con una arena europea donde queda reflejada la nueva realidad social e institucional. Esto significa ir más allá del vigente sistema de la Unión Europea, ya que una democracia europea implicaría la conversión de la actual ciudadanía europea en una serie de derechos propios de un sujeto *político*.

Palabras clave: Estado nación; demos europeo; democracia europea; Hegel; Ferguson; Simmel

Abstract

The monism of the nation state still dominates the discussion on European democracy. Political theory does not consider the Europeanization of national identities, because it has not overcome its dependency from the nation state concept. The successful integration of an individualized and individualized society of the modern age did not give way to alternative models to the national political subject. Instead, it justified democracy via cultural homogenization. This led to ignore approaches which operated with cultural relativism in the constitutional state. This does not only impede us to consider democracy beyond the nation state. We also lose an opportunity for reasoning a European *demos*. An alternative path can be found consecutively in Ferguson, Hegel and Simmel. Their premise, i.e. the «refinement» of cultural identity through ethical morality proper to the rational state, corresponds to the evolution of national identities observed in the context of European integration. This opens the paradigm on national democracy for the European *demos*. The recovery of the three authors can help to resolve the European Union's democratic deficit, because it enables us to detect the existence of a transeuropean public sphere and also helps us to understand its relation with the respective national spheres. These conclusions facilitate the justification of institutional reforms in order to complete the national democracies by a European arena where the new social and institutional realities are reflected. That means to go beyond the current system of the European Union, because a European democracy implies the conversion of the actual European citizenship into a series of rights and guarantees proper to a *political* subject.

Keywords: Nation State; european demos; european democracy; Hegel; Ferguson; Simmel

INTRODUCCIÓN. EL *DEMOS* EUROPEO. UNA CUESTIÓN DE PARADIGMAS

Mucho se ha escrito sobre el déficit democrático de la Unión Europea, pero poco se ha investigado en su base social. El *demos* europeo sigue siendo una incógnita para los investigadores. Se razona la identidad europea con su supuesto antípoda, la identidad nacional. De ello se deriva una comprensión de la identidad europea como un proceso «cognitivo» que contrasta con la «afectividad» de las narrativas culturales de la identidad nacional.[1]

Esta manera de descartar la base social para una democracia europea tiene dos problemas. Primero: se repite el clásico error de la tradicional teoría democrática moderna, la dependencia del monismo del Estado nación.[2] Segundo: se ignora la dinámica social inherente en la propia identidad nacional que no es una identidad fija, sino que se reconstituye continuamente en contestación a los desafíos externos e internos (Seidendorf, 2007, 18-28, 49).

Debido a esto, el siguiente ensayo parte de una premisa distinta. No se niega la necesidad de una «cultura de trasfondo común» (Honneth, 2014, cit. por Jiménez

1. Como ejemplo al respecto: véase Copsey, 2016, 68.
2. En la fundamentación teórica del Estado liberal encontramos la identificación implícita de las fronteras del Estado con las fronteras culturales. (al respecto, véase: Máiz, 2018, 180).

Sánchez, 2020, 34) para realizar cualquier forma de democracia. Y esto incluye necesariamente la democracia europea.

Sin embargo, el monismo cultural del Estado-nación, que nunca fue realmente superado por la alternativa de la nación cívica (Máiz, 2018, 91), es solo una forma de asentar la comunidad política en tal trasfondo cultural común. Además, la identidad cultural no es una entidad fija, sino que se transforma en los diferentes contextos y con ello cambia la forma de invocar a la identidad cultural. Y esto nos facilita acercarnos al sujeto cultural europeo. Tal como veremos, para ello ni siquiera necesitamos abandonar el espacio nacional como lugar de la formación de la voluntad política.

Para emprender este camino alternativo, debemos volver a los inicios de la simbiosis de la democracia con el Estado nación. La problemática de la nación está estrechamente vinculada a los procesos de individualización, diferenciación funcional y social de la época moderna. La nueva estratificación de la sociedad moderna forzó a pensar un concepto de unidad que podía reclamar una identidad común sobre las distintas partes de la población. Esto explica lo que hoy conocemos como una gran paradoja de la historia moderna. Ha sido justo la individualización y la consiguiente desvinculación de lazos culturales tradicionales lo que ha provocado la sumisión a la unidad nacional. (Richter, 1996, 145-147, 203). De esta manera, la nación redujo la sociedad diversa a un concepto de identidad común en el trasfondo de las instituciones anónimas del Estado.

Tres autores señalaron un camino alternativo. En concreto, se trata de una línea de argumentación trazada primero por Adam Ferguson que encuentra su desarrollo científico en el Estado de Hegel. Este Estado se completa con una perspectiva cultural, sociológica y psicológica abordada en las teorizaciones de Georg Simmel. Aunque todos reconocieron las implicaciones de la modernización sobre la particularidad cultural, no estaban dispuestos a seguir la nación en su caída: la igualdad a coste de una unidad asentada en la diferencia cultural (Richter, 1996, 147). Sus reflexiones son claves si queremos encontrar el sujeto social de un *demos* europeo.

Ahora bien, el problema principal para aplicar la teorización de la identidad postnacional a un supuesto *demos* europeo consiste en la propia naturaleza institucional de la Unión Europea. Según sus críticos más punzantes, su estructura representa una conjunción de Estados Europeos más que una «destilación trascendida de su esencia» (Bickerton, 2015, 206). En otras palabras, no hay un Estado democrático europeo. Dicho esto, la «domesticación» del Estado nacional soberano en las instituciones supranacionales, y la consecuente conversión de las naciones en Estados miembros, impide la articulación de una voluntad política en términos de legitimidad democrática (Bickerton, 2015, 209-210). Aun así, la integración europea ha transformado el Estado nación, alterando la relación entre Estado y sociedad de manera que se sustituyó el pueblo como fuente de identidad nacional por un concepto horizontal de poder y autoridad estatales. En esta situación, los Estados miembros se han vuelto incapaces de combinar representación y responsabilidad política. Como resultado, los dos elementos se escinden ahora entre las dos fuerzas opuestas, el populismo por un lado y la tecnocracia por otro, ambos expresando el carácter antidemocrático de la Unión Europea

(Bickerton, 2015, 214-215). Y según la premisa implícita de esta crítica, la pérdida de la democracia a nivel nacional no puede ser compensado por un *demos* europeo.

Aunque esta posición tal vez sea un poco extrema y simplista, llega al fondo del problema, que se trata de resolver en este ensayo. La integración europea ha producido una transformación de la comunidad política de los Estados miembros que no queda reflejada en su estructura institucional, ya que la Unión Europea se sigue viendo como una alianza entre Estados soberanos (Habermas, 2013, 4).

Esta problemática incluso ha llegado a ser reconocida por las propias instituciones europeas. Su *Plan director para una Unión Económica y Monetaria profunda y auténtica* del año 2012 reconoció «puntos débiles […] de la configuración institucional original» de la Unión Económica y Monetaria (Comisión Europea, 2012, 2). Debido a esto, propuso «una progresiva integración de la zona del euro […] hacia una unión política con más legitimidad y responsabilidad democráticas» (Comisión Europea, 2012, 13) Aun así, optó por soluciones técnicas de coordinación, pensadas para un medio y corto plazo. De esta manera, ha preferido aplazar aquella cuestión central que implica a la institución de tal Unión Política en su última consecuencia (Habermas, 2013, 4): una modificación de los Tratados que convierte a la Unión Europea en una democracia supranacional en el pleno sentido de la palabra (Lenaerts & Gutiérrez-Fons, 2018, 456). Tal como bien destaca Jürgen Habermas, una Unión Política sólo tendría sentido si se reconociese la necesidad de democratizar la dimensión supranacional de la Unión *al mismo tiempo* que se incremente la gestión tecnócrata de la Unión monetaria. (Habermas, 2013, 4). Y esto nos lleva a la cuestión de soberanía. Y aquí, la interpretación sobre la naturaleza del sujeto principal de esta soberanía, *el demos*, ocupa un papel clave. En este contexto, merece la pena recordar que las instituciones europeas no son las únicas que vacilan en conceder a los europeos «este último paso de democratización» (Habermas, 2013, 4). El Tribunal Constitucional Alemán ha rechazado repetidamente la idea de que haya un sujeto de una democracia europea mientras que la identidad constitucional se derive de la soberanía del pueblo alemán (Ehret, 2018, 185). No es lugar de discutir en detalle las razones por esta decisión, pero sí debemos insistir en la naturaleza del concepto del *demos* que le impide conceder a la Unión Europea un sujeto propio de legitimidad democrática. Entre otros, el Tribunal recurre a percepciones culturales, históricas y lingüísticas para preservar la identidad constitucional del Estado alemán frente al avance de la integración europea (BverfG, 2009, 249). Incluso ha dejado claro que identifica el proceso democrático con la «expresión jurídica» de lo que une a un «pueblo del Estado» de forma «relativamente *homogénea* [sic!] a nivel espiritual, social y político» (BverfG, 1994, cit. por Seidendorf, 2007, 38, mi traducción). Entendido de esta manera, no basta con que la comunidad política se dé a sí misma una constitución de Estado, asentando la identidad constitucional en un concepto abstracto del *demos*. Es más: la institución de tal orden depende de una cierta homogeneidad entre los miembros de la población. Debido a esto, no puede haber democratización de la Unión Europea mientras que no haya un demos europeo que refleje la homogeneidad cultural suficiente para justificar la conversión de la Unión

Europea en un Estado democrático europeo (Seidendorf, 2007, 15-16). Tal como se indica arriba, este ensayo también defiende la necesidad de una «cultura de trasfondo común» (Honneth, 2014, cit. por Jiménez Sánchez, 2020, 34) para que pueda haber un sujeto democrático europeo. Pero, ¿debemos realmente comprender la requerida coherencia cultural en estos términos tan estrictos como lo sostiene la homogeneidad?

Así pues, para resolver el dilema de la democracia europea, necesitamos encontrar una forma de reivindicar «el *demos*» como fuente de legitimidad política común de todas las naciones europeas. Y esto implica a la identidad cultural. Precisamente, la transformación de las esferas públicas nacionales inducida por la democracia europea va a ser la clave para encontrar una salida al escenario de la Unión de Estados sin democracia. A nivel empírico, el impacto de la europeización sobre la formación de identidades en las esferas públicas nacionales ya está demostrado.[3] Sin embargo, lo que no se ha hecho es demostrar que este proceso corresponde a un concepto de *Estado democrático* que se fundamente en la emancipación de la homogénea comunidad nacional. Si somos capaces de establecer este vínculo, podemos interpretar la transformación de los Estados nacionales en el contexto de la integración europea de forma muy distinta a aquellas posiciones pesimistas que siguen ubicando a la democracia únicamente en el Estado nación. Esto nos abre la puerta para situar a las instituciones europeas en un demos europeo. Más importante aún, podemos comprender el *demos* europeo como realidad social. Y esto nos permite acercar la idea de la Unión Política más al concepto del Estado democrático. Además nos facilita una visión de democracia europea, cuya institución sería mucho menos dramática que la temida «votación con los pies» y la consiguiente disolución de la identidad constitucional de los Estados miembros, tal como lo insinúa el Tribunal Constitucional Alemán. De ahí podemos emprender un «tercer camino», navegando entre las «rocas» de tecnocracia y populismo y así esquivar el dilema que plantea el astuto análisis de Bickerton.

Debido a esto, no sólo vamos a considerar el *demos* en su dimensión abstracta, sino las personas «de carne y hueso» y la transformación de sus identidades, una vez que ésta se haya dado un fundamento abstracto en un *demos* constitucional.

Como sabemos, ambos conceptos del *demos* están estrechamente vinculados a la emergencia del Estado territorial moderno y su conversión en Estado-nación. Pero de esta forma, la nación confundió la abstracción del Estado con una identidad concreta. Frente a ello, Ferguson y Hegel favorecieron otro fundamento, es decir, querían asentar la comunidad política en una identidad constitucional. Pero también eran conscientes de este otros *demos* «de carne y hueso». Sus conclusiones sobre la transformación de las

3. Precisamente, el estudio ilustrador de Seidendorf partió de la tesis habermasiana de que la formación democrática de opiniones europea se plasmaría a través de esferas públicas nacionales *europeizadas*, por lo cual se entiende la observación e inclusión de los discursos de las arenas nacionales vecinas en el discurso de la propia esfera pública. Tal como reveló el análisis del discurso, esto es justo lo que ocurrió en Francia y Alemania tras décadas de integración consolidada en instituciones supranacionales compartidas. Al respecto, véase: Seidendorf 2007, 49, 321.

identidades en el contexto de la racionalización de las relaciones políticas son claves para entender cómo se podría llegar del *demos* «de carne y hueso» a este otro *demos* abstracto, y cómo se plasmaría éste luego en una identidad concreta. En otras palabras, el atasco en el avance de la democracia europea viene en gran parte determinado por la histórica primacía del Estado-nación sobre el demos. Dicho esto, antes de hablar concretamente sobre el contexto de la integración europea, debemos emprender una revisión crítica de la modernidad a través de estos tres autores, ya que éstos se vieron obligados a reflexionar sobre los procesos que condujeron a la institución de este sistema.

El inicio hace el *ensayo sobre la historia de la sociedad civil* de Ferguson. Aquí surge el dilema principal de una comunidad política moderna, ya que ésta necesita reclamar la integridad de una sociedad civil individualizada. De esta forma entenderemos cómo pudo resultar ser el Estado nación el ganador en la batalla sobre el «alma cultural» de la comunidad moderna.

La alternativa al Estado nación la encontramos en los *Principios de la filosofía del derecho* de Hegel. A pesar de su fundamento abstracto, la abstracción tiene sus consecuencias para la identidad concreta de los ciudadanos, expresándose en los hábitos de una sociedad civil individualizada y mediada por las instituciones. Lo que interesa aquí es cómo afectaría la «eticidad» (*Sittlichkeit*) del Estado a la identidad cultural de las personas.

Y esto nos llevará al concepto de «cultura» de Simmel. Está demostrado que Simmel describe con la cultura el mismo fenómeno que Hegel con la «eticidad»[4], aunque la comprende únicamente desde el sujeto. Esto nos permite complementar la objetividad del Estado hegeliano a través de una dimensión subjetiva y vincularlo con una determinada forma de práctica cultural. En este contexto, el análisis sociológico de Simmel sobre la relación entre individualización y diferenciación social es fundamental para entender cuáles son las formas de socialización que acompañan la institución de tal «sociedad ética» y cómo ésta modula el perfil de las identidades colectivas y particulares.

De ahí podemos descifrar la comunidad nacional y separar su contexto histórico de su «constante psicosocial» (Seidendorf, 2007, 33). Esto nos exige abandonar la teoría e ir a otro contexto histórico. Precisamente, lo encontramos en la integración europea. Basándonos en la investigación de Seidendorf, comprobamos nuestras conclusiones teóricas con el análisis del discurso sobre la integración europea en Francia y Alemania. La evolución del debate es fundamental, ya que se trata de dos de los Países Miembros con mayor experiencia con las instituciones políticas compartidas. Esto nos permite discutir las posibilidades y límites de un *demos* europeo y señalar a dónde se podría llegar si damos suficiente tiempo a una práctica supra-institucional consolidada. De esta forma clarificaremos si podemos mantener la tesis de que no haya una *demos* como base de una democracia europea. De ahí podemos situar el camino de los tres autores en el debate actual sobre el futuro de la Unión Europea, señalando cuáles serían las

4. Al respecto, véase: Goos, 2004.

implicaciones para su sistema actual, si la europeización de las esferas públicas europeas correspondiera al desarrollo de la identidad en un Estado democrático postnacional. En este sentido, la última parte contrasta los resultados con las propuestas de reforma de la Unión Europea que apuntan a una ciudadanía europea con un fundamento de derechos políticos propios.

¿REFINAMIENTO DE COSTUMBRES O PATRIOTISMO? FERGUSON Y EL DILEMA DE LA SOCIEDAD CIVIL

Nuestra búsqueda de un sujeto cultural europeo debe empezar por Adam Ferguson. En línea con su generación de pensadores de la ilustración escocesa (Wences Simon, 2006, 18), Ferguson parte de la observación de una correlación positiva entre disminución de las virtudes patrióticas y «refinamiento de las costumbres» (Richter, 1996, 15, mi traducción) en el contexto de comercialización y diferenciación funcional. El discurso de su época se escinde entre aquellos que se identificaron con los valores liberales de la emergente sociedad comercial (Smith) y otros que los rechazan y proclamaban la vuelta a la vida cívica de las República de la Antigüedad (Rousseau). A diferencia de ambos, Ferguson intenta emprender un «tercer camino» que mantiene los conceptos cívicos de la República, pero en vez de aclamar la resurrección de lo perdido, pretende ajustar el concepto cívico de tal manera para que éste siga teniendo relevancia para la sociedad moderna (Varty, 1997, 37). En este sentido, Ferguson advierte de que los arreglos legales y políticos van a ser insuficientes, si éstos no cuentan con las actividades de las personas (Varty, 1997, 43), especialmente su naturaleza como seres sociales y con ello, políticos (Hill, 2010, 2). La crítica de Ferguson es fundamental para comprender la crisis política de la modernidad que desembocó en la primacía de la homogeneidad nacional. Con ello, Ferguson ha descubierto el dilema fundamental que enmarca el terreno del conflicto moral que envuelve el Estado nación y con ello también la discusión sobre el *demos* europeo. No sorprende que sus argumentos reaparezcan en el pensamiento de Hegel y Simmel.[5] Esto no quita que las observaciones de Ferguson resumen el dilema y nos sirven de base para las posteriores profundizaciones en su lado «objetivo» (Hegel) y «subjetivo» (Simmel).

Ferguson reconoce la tensión entre sociedad civil individualizada y la homogeneidad cultural. Mientras los «hombres, en su estado primitivo, tenían una gran uniformidad de costumbres» (Ferguson, 1974, 237), el avance de la civilización ha producido un cambio en sus hábitos de tal manera, que «se dedican a diversos cometidos, se mueven en un campo más amplio y surgen mayores diferencias» (Ferguson, 1974, 237). Consecuentemente, el amor a la patria de una nación civilizada no pueden expresarse de la misma forma que aquel de su estado anterior. De hecho, es un signo de una nación débil, cuando el «amor a la patria, el grupo o el partido son la misma

5. Hegel leyó y utilizó las obras de Ferguson para su propio concepto. Al respecto, véase: Hill, 2010: 2.

cosa» (Ferguson, 1974, 276). A su diferencia, «el grado de cultura y civilización se basa en […] el progreso de las artes comerciales» (Ferguson, 1974, 255), porque exige la separación de profesiones.

De ello surge una ruptura profunda de los vínculos sociales. En principio, esto es un cambio positivo. Llevar el comercio «a las últimas consecuencias [significa…] sustituir el ingenio por meras formulas y reglas del arte» (Ferguson, 1974, 275) y éste nos posibilita emplear nuestras capacidades con mayor facilidad. En tal sociedad culta, en la cual los miembros se distinguen mediante vocaciones, queda sustituido «el carácter nacional por lo de los individuos o los del grupo» (Ferguson, 1974, 239).

Ferguson comprende que la emergencia de la sociedad civil va más allá de reflejar una mera extensión de la actividad comercial. El autor reconoce que se trata de una transformación social que implica una reinvención cultural de la comunidad. Y este tipo de comunidad exige una super-estructura conveniente a sus aspiraciones. Y aquí nos encontramos con un elemento que va a ser crucial para sostener esta comunidad: el Estado. Ferguson destaca la importancia de las instituciones públicas para conservar la paz y así garantizar que cada individuo pueda disfrutar de sus derechos personales mediante la autoridad de la ley. (Ferguson, 1974, 237) Los derechos personales (y su protección por el Estado) permiten «a cada profesional perseguir sus beneficios peculiares» (Ferguson, 1974, 238) En otras palabras, el Estado con sus «derechos personales» y la sociedad civil son dos caras de la misma moneda. Aun así, habrá que explicar, ¿cómo es posible que se desarrolle tal forma de comunidad?

Tal como se acaba de decir, la sociedad civil y el Estado expresan una reinvención cultural de la comunidad. Consecuentemente, la nueva comunidad se mantiene también por unas «normas de conducta» (Ferguson, 1974, 237) propias. De hecho, Ferguson hace mucho hincapié en «costumbres de su país» (Ferguson, 1974, 241) que envuelven a la superestructura estatal. Estas diferencias sutiles se mantienen incluso en la sociedad comercial contemporánea y permiten así diferenciar al nativo del extranjero (Ferguson, 1974, 239).

Sin embargo, la aparición de la sociedad civil refleja en sí misma una idea que se distingue de los «deseos y caracteres» (Ferguson, 1974, 252) de la «moraleja de las tradiciones populares» (Ferguson, 1974, 252). Entonces, es una idea la que abre el camino de una comunidad hacia la civilización moderna.

Esta idea es el reconocimiento del individuo. Para Ferguson, «la valoración de la benevolencia indiscriminada» (Ferguson, 1974, 250) es un criterio que diferencia la Europa moderna acostumbrada a «pensar el individuo con compasión» (Ferguson, 1974, 251) de las naciones antiguas, ya que éstas avalaban la proeza militar y el amor a la patria. Por lo tanto, la modernidad ha mejorado las leyes de guerra y «los sistemas que han sido inventados para suavizar sus rigores» (Ferguson, 1974, 251). No es lugar de discutir si Ferguson estaba en lo cierto. Lo importante es el nexo que Ferguson establece entre benevolencia indiscriminada y civilización. Esto nos indica que Ferguson va claramente más allá del pragmatismo de la sociedad comercial. Se insinúa ya una moralidad centrada en la dignidad individual.

En este mismo sentido, afirma que el interés del comercio no es suficiente para mantener unida la comunidad de una sociedad civil. Si rige el interés del comercio, las «personas pierden su sentido común» [ya que las…] pretensiones de la sociedad civil son simples métodos para tranquilizar el espíritu político y encadenar las virtudes activas» (Ferguson, 1974, 280). Como resultado, si

> «para cualquier pueblo el objetivo reconocido en política y en todos sus refinamientos internos es defender a la persona, y la propiedad del súbdito, sin ninguna consideración del carácter político, la constitución puede ser libre, pero sus miembros pueden ser indignos de la libertad que poseen» (Ferguson, 1974, 280).

Debido a esto, el sentido común requiere de «algo más» que la protección de los intereses comerciales. En otras palabras, la comunidad demanda un carácter político. Tal como vimos, el carácter político no puede venir de la sociedad comercial, ya que ésta no exige «más requisitos de la mente humana que la consideración del interés, ni otro estimulo que las expectativas de las ganancias» (Ferguson, 1974, 350). Así pues, la adquisición de comodidades y riquezas lleva al descuido por parte de los ciudadanos, a cuya consecuencia se corrompe el espíritu nacional «por el abuso de la seguridad, que se consigue gracias a la supuesta perfección del orden» (Ferguson, 1974, 281).

Frente a ello, Ferguson arraiga su comunidad en la conciencia de la dignidad individual. En concreto, el disfrute de la constitución libre se caracteriza por «miembros de la comunidad que se consignan entre sí como dignos de consideración y respeto» (Ferguson, 1974, 347). En otras palabras, no basta con que cada individuo posea un rango y privilegios, sino que éste tenga «consciencia de sus derechos personales» (Ferguson, 1974, 347).

El enfoque sobre «conciencia» y «las ideas» traza el camino para el «espíritu constitucional» del posterior Estado hegeliano. Sin embargo, para Ferguson, este fundamento espiritual no es suficiente para garantizar a largo plazo la persistencia de la comunidad moderna. La conciencia de los derechos necesitaba tomar forma concreta en una práctica política que necesariamente va más allá del mero interés comercial.

Con estas dos observaciones, Ferguson determina los dos polos entre los cuales se abre el «campo de batalla» entre los conceptos que buscan la reintegración de la comunidad frente al «desorden» de la dinámica social en la modernidad. El Estado nación es una de estas soluciones (Richter, 1996). En este caso, la modernización resulta ser justo lo contrario de lo que había supuesto Ferguson: en vez de disminuir los sentimientos patrióticos, el refinamiento de las costumbres lo ha fomentado. Dicho esto, la modernización parece no haber emancipado a los individuos de la homogeneidad cultural, sino que ha fortalecido su dependencia de ella.

Pero no debemos leer a Ferguson y su apelación al «vigor nacional» (Ferguson, 1974, 281) como retorno a la homogeneidad cultural. Para Ferguson, tal época ha sido superado por la sociedad civil. En este sentido, el retorno a la homogeneidad cultural no es compatible con las «ideas» de la sociedad civil moderna. La conciencia de los derechos personales aparece como alternativa. Y esta alternativa marca el camino que

es tomado por aquellos pensadores que quieren evitar la rendición de la nueva libertad individual a la homogeneidad nacional.

LA «ETICIDAD» DE HEGEL. ¿UNA VISIÓN COSMOPOLITA DE LA SOCIEDAD CIVIL?

Ferguson ha acertado pensando en el ambivalente carácter de la sociedad civil moderna. Aun así, su sistema para reconciliar el acervo antiguo con el patrimonio liberal «tropieza con fragilidades prácticas y teóricas [ya que ambos…] no llegan a ser compatibles en la medida en que él hubiera deseado» (Wences Simon, 2006, 23).

Frente a ello destaca el fundamento del Estado de Hegel, tal como lo plantea éste en los *Principios de la filosofía del derecho*. Este modelo constituye la primera teoría de Estado y sociedad que es realmente moderna, ya que incorpora la experiencia real de la sociedad civil y la revolución industrial (Schnädelbach, 2016, 164). Hegel sigue a Ferguson en la idea de que la sociedad civil comercial y el Estado moderno expresan una nueva convicción «espiritual». A esta concepción añade el gran descubrimiento de Rousseau, la voluntad general[6] como base del orden social. Según Hegel, este «*'yo quiero'* constituye la gran diferencia entre el mundo antiguo y moderno, y por lo tanto debe tener su existencia propia en el Estado» (Hegel, 2005, 429). Pero al mismo tiempo, comparte con Ferguson la desconfianza en la sociedad civil, ya que ésta «en cuanto a satisfacción en todas direcciones de sus necesidades, de arbitrio contingente y gusto subjetivo, se destruye a sí misma en un gozo y destruye su concepto sustancial» (Hegel, 2005, 305). En otras palabras, tampoco cree que la sociedad civil sea capaz de sostener, por sí sola, el orden social de la comunidad moderna.

Para solucionar el problema de la sociedad civil, Hegel profundiza aún más en la noción de la conciencia de los derechos personales que ya había mencionado Ferguson. Igual que aquel, considera que el Estado requiere de una propia forma de «hábito», es decir, un código ético donde la idea universal del Estado queda reflejada en la vida

6. A pesar de conceder a Rousseau el mérito de haber establecido el Estado sobre el principio de la voluntad, Hegel no comprende la voluntad general de la misma manera de la que lo hace Rousseau. No razona el Estado como contrato entre las voluntades particulares de los individuos. Para Hegel, «la racionalidad, tomada abstractamente, consiste en la compenetración de la universalidad y la individualidad.» Consecuentemente, el Estado es «espíritu objetivo [y…] el individuo sólo tiene objetividad, verdad y ética si forma parte de él» (Hegel, 2005, 371). Dicho esto, la determinación de los individuos es llevar una vida universal y sus actividades individuales deben tener como «punto de partida y resultado este elemento sustancial y válido universalmente (Hegel, 2005, 371).» Así pues, la racionalidad del Estado «consiste en la unidad de la libertad objetiva, es decir, la voluntad sustancial universal, y la libertad subjetiva, o sea el saber universal y la voluntad que busca a sus fines particulares. (Hegel, 2005, 371).» Contra el principio de la voluntad individual de Rousseau habría que recordar que «la voluntad objetiva es un *concepto* lo en sí racional, sea o no reconocida por el individuo y querido por su voluntad particular» (Hegel, 2005, 372-373). De esta manera, el énfasis se traspasa desde las voluntades particulares en la Asamblea rousseauniana hacía el orden constitucional, ya que «la autoridad del Estado real, si ésta se basa en fundamentos, éstos son tomados de las formas del derecho válidas en él» (Hegel, 2005, 371).

particular de los ciudadanos. Y este código ético se instituye con el derecho de los ciudadanos. Los derechos de la libertad subjetiva les dejan participar como individuos libres en la sociedad civil (Koslowski, 2008, 98). Entendido de esta manera, la «espiritualidad constitucional» constituye el trasfondo racional del Estado moderno, ya que ésta expresa la idea de la individualidad. Esta libertad tiene un impacto fundamental sobre la identidad de las personas. Igual que Ferguson, Hegel sostiene una transformación de nuestra identidad particular. Y esta transformación también tendrá sus implicaciones para nuestra identidad cultural.

Ahora bien, el concepto de sociedad civil e individualidad de Hegel es más complejo que el de Ferguson. Recordemos que Hegel entiende toda realidad social como manifestación dialéctica del movimiento del espíritu que se escinde entre la existencia universal y los sujetos (Goos, 2004, 157-158). En este sentido, el espíritu «sólo tiene su realidad efectiva si se escinde en sí mismo, se da un límite y una finitud en las necesidades [*Bedürfnisse*] naturales y en la conexión de esa necesidad [*Notwendigkeit*] exterior, y *penetrando en ellas se cultiva*, las supera y conquista así su existencia objetiva» (Hegel, 2005, 308). Debido a esto, no representan el fin universal ni «la candidez natural de las costumbres ni el goce como tal que en el desarrollo de la particularidad se alcanza con la cultura» (Hegel, 2005, 308). La liberación se alcanza con «el trabajo duro contra la mera subjetividad de la conducta, contra la inmediatez del deseo, así como contra la vanidad subjetiva del sentimiento y la arbitrariedad del gusto» (Hegel, 2005, p. 309). Al final de este proceso, la voluntad subjetiva se ha dado objetividad, «en la cual es capaz y digna la realidad efectiva de la idea» (Hegel, 2005, 309). Dicho esto, la eticidad (*Sittlichkeit*) de la sociedad civil no es una simple forma de cultura, sino que representa la *reflexión* sobre la particularidad cultural que nos rodea como sujetos sociales. Sólo este momento reflexivo nos permite llegar a nuestros derechos personales, ya que el mismo derecho expresa un valor abstracto que no existe de tal forma en la naturaleza: el individuo, «aprehendido como persona *universal*, en lo cual *todos* somos idénticos.» (Hegel, 2005, 327). Es esta individualidad abstracta lo que expresa el derecho moderno. Y este derecho moderno nos permite vivir como alemanes o italianos, igual que es un derecho moderno ser católico, protestante o judío (Ottmann, 2008, 261). Con ello, Hegel razona la *autonomía privada* como fundamento del Estado moderno. En principio, esta autonomía privada sí tiene sus implicaciones para la dimensión cultural, aunque paradójicamente, ésta se expresa por haber dejado atrás nuestras identidades culturales dictadas por los colectivos sociales de nuestro entorno.

Ahora bien, sólo podemos disfrutar de la autonomía privada si estos derechos son realmente aplicados y sus valores compartidos por los ciudadanos. Para poder llegar a ello, debemos alcanzar un punto de reflexión que nos permite reconocer en nuestra naturaleza individual la pertenencia como miembros de la misma comunidad. Esto, a su vez, exige un nivel de abstracción que nos hace ver en nuestra actividad particular el fin universal. Pero el fin universal sólo se alcanza mediante el «allanamiento de la particularidad» (Hegel, 2005, 310). Y esto nos lleva a las instituciones del Estado que delimitan los excesos de la sociedad civil, aunque no debemos olvidar que son las mismas

instituciones las que garantizan su persistencia. Sin embargo, para que pueda haber tales instituciones, la cultura de una comunidad debe haber llegado a reconocer el verdadero sujeto del derecho abstracto. Y como ya se ha dicho, este sujeto es la individualidad, un concepto que no existe de tal forma en la naturaleza, sino que representa «una segunda naturaleza, en la que la voluntad es libre sin estar supeditada a la mera naturaleza.» (Jiménez Sánchez, 2020, 13). Aquí existe una gran diferencia entre Hegel y Ferguson. Para Hegel, la simple emergencia del Estado moderno demuestra que los sujetos han reconocido la necesidad de mediar sus relaciones sociales a través de instituciones. Esto significa que los sujetos deberían haber llegado a entender que la mera persecución de sus fines particulares no es una actitud legítima en el mundo social «exterior». Dicho esto, detrás de la reciprocidad entre Estado e individualización de la comunidad se esconde más que un simple cambio de paradigma en términos culturales. Se trata de una transformación *reflexiva*, es decir, el razonamiento sobre lo que es una comunidad social en su esencia. Y es esta nueva esencia la que queda reflejada en las instituciones del Estado. Su fin último consiste en garantizar a los individuos su autonomía privada por medio de su derecho constitucional. En este fundamento se distingue el Estado moderno de las comunidades antiguas. Y en su derecho constitucional queda instituida la abstracción de la particularidad.

Esto no significa que no pueda haber voluntad particular en el Estado. Hegel concede espacio a los ciudadanos para el libre desarrollo de sus actividades en las esferas particulares de la vida profesional. Estos «estamentos» no son comparables con los estamentos de la sociedad feudal, porque expresan la situación profesional de los ciudadanos, basada en su voluntad subjetiva. Como consecuencia, «la determinación última y esencial radica en la opinión subjetiva y en el arbitrio particular que encuentran en esta esfera su derecho, su mérito y su honor» (Hegel, 2005, 324). En otras palabras, el ciudadano tiene libertad de elegir su función en la sociedad civil. Aparte de ello, como persona privada, tiene derecho a practicar su identidad y poseer propiedad. Esto no quita que deba tener, sí o sí, una dedicación profesional si aspira a ser más que una «mera persona privada» (Hegel, 2005, 326). Entendido de esta manera, la identidad *pública* de los ciudadanos del Estado hegeliano queda determinada por la función que cumplen en la esfera profesional.

Y aquí empiezan los problemas de la construcción hegeliana de Estado. Estos problemas afectarán a los derechos de sus principales sujetos, los ciudadanos. Hegel no concede a los ciudadanos una identidad pública, ni mucho menos la posibilidad de ejercer una voluntad política en el Estado. Hegel entiende esta voluntad política con el «yo quiero» del monarca, aunque ni siquiera se trata de una auténtica decisión individual, sino «de un hombre que diga 'sí' y ponga el punto sobre la i, pues la cima debe estar constituida de tal manera que la particularidad del carácter no sea significativa» (Hegel, 2005, 431). Esta aniquilación de las voluntades particulares en los asuntos públicos se repite cuando Hegel pretende mediar «universalidad empírica», es decir, la voluntad de los ciudadanos, con los estamentos profesionales y luego éstos con el funcionariado del Estado (Jiménez Sánchez, 2009, 187). Como resultado, la aniquilación

de cualquier carácter particular en los asuntos públicos nos lleva a un Estado, donde de facto no hay voluntad política. Dicho esto, es legítimo constatar, que el diseño institucional del Estado hegeliano no está a la altura de sus propias premisas (Bogdandy, 1991, 521). Estas insuficiencias se hacen notar sobre todo en el incumplimiento de su fundamento, el «*yo quiero*» del mismo ser humano, como diferenciación esencial de la cohesión colectiva del mundo antiguo. Debido a esto, Ferguson mantiene razón frente a Hegel cuando exige que la comunidad moderna requiera también de un «carácter político», es decir, un interés que vaya más allá del mero interés comercial, y esto implica necesariamente una identidad que vaya más allá de la autonomía de la esfera privada.

Si reconsideramos los pasos que llevaron a Hegel a la momificación (Jiménez Sánchez, 2014, 286) de la voluntad individual en su Estado, detectamos que igual pudiera haber identificado la «universalidad empírica» con la soberanía popular y no con los estamentos (Jiménez Sánchez, 2009, 187), y el «yo quiero» del monarca con el poder legislativo (Jiménez Sánchez, 2009, 192-193) –ambas dentro del orden constitucional como realización formal de la idea de la individualidad (Jiménez Sánchez, 2009, p. 176). No entramos en detalles aquí sobre cómo su desconfianza hacia la multitud y el rechazo de la voluntad de todos (Jiménez Sánchez, 2009, 183) le impedían llegar a un modelo, que hoy conocemos como democracia representativa y constitucional (Jiménez Sánchez, 2009, 193)

En mi opinión, incluso si Hegel hubiese concedido a los ciudadanos la garantía formal de ejercer la voluntad política en su Estado, quedaría desaprovechado su concepto de individualidad que desenlaza su modelo abstracto del Estado. De ello se podría haber deducido una comprensión más cosmopolita de la identidad cultural.

Recordemos que Hegel, en principio, diferencia entre mundo antiguo y mundo moderno por una nivelación ética que conecta el reconocimiento de la voluntad individual con la reflexión sobre su entorno particular (y la abstracción del mismo en las instituciones). De ello surge un nuevo sujeto político (la persona *privada*). Sin embargo, a la hora de cruzar la frontera hacia la esfera pública, Hegel reduce al ciudadano a un sujeto económico, sin tomar en consideración un posible «refinamiento» de su anterior identidad cultural. Para Hegel, la sociedad civil reflejante de la conciencia individualista del mundo moderno es un mero sistema de necesidades, basado en los derechos de propiedad y de administración jurídica de estos intereses (Hegel, 2005, 310). En otras palabras, Hegel reemplaza las identidades culturales pre-modernas por una individualidad privada y económica, encubierta por las instituciones del Estado. Consecuentemente, la ciudadanía no va más allá de ser un sujeto económico.

De esta forma, los individuos no pueden influir en las determinaciones de la idea ética, sino que están obligados a respetar las normas éticas (Jiménez Sánchez, 2009, 183). Hegel encierra una vez más a los individuos en las obligaciones de la sociedad civil, y la convierte en una «mitología cientificista» (Koslowski, 2008, 107), cuyos valores se presentan en términos del conocimiento absoluto. Todo el problema está vinculado a que Hegel quiere desarrollar su modelo de Estado de modo científico, y no de modo político (Jiménez Sánchez, 2009, 183). Pero así se pierde la observación de Ferguson,

quien había exigido un carácter político también para la sociedad civil individualizada. Esto no quita que Hegel relacione la emergencia de la sociedad civil con la idea formal del Estado que transforma la conciencia de los ciudadanos. Sin embargo, Hegel no desarrolla esta idea, sino que permanece en el monismo de su sistema (Koslowski, 2008, 106) que deja de lado la individualidad que acaba de rescatar de su determinación cultural-colectiva.

Ahora bien, se podría argumentar que es justo el desplazamiento de la identidad nacional y religiosa al ámbito privado lo que hace que el Estado hegeliano sea atractivo para una sociedad cosmopolita. Pero el hecho de que la nación haya utilizado de facto a las instituciones anónimas y universalistas del Estado para reclamar su primacía (Avineri, 1962, 484) demuestra más bien lo contrario. El «idealismo objetivo» del Estado hegeliano no alcanza la realidad social compleja (Koslowski, 2008, 107), sino que la diversidad cultural se pierde también con el ahogo de la identidad política en su construcción científica y artificial.

Como resultado, el gran potencial de vincular al Estado moderno con una realidad social compleja no se aprovecha, porque no sabemos cómo los miembros de la sociedad civil interactúan, una vez que se les haya concedido el derecho a vivir como italianos, franceses, católicos o protestantes. Como Hegel reduce la identidad del ciudadano a un sujeto económico, no sabemos cómo pudiera haber influido la individualización en su determinación cultural. Debido a esto, habrá que completar la individualidad formal del ciudadano por una dimensión que Hegel temía. En otras palabras, habrá que mirar «al otro lado», hacia la dimensión subjetiva, e investigar más en qué tipo de conciencia particular podríamos encontrarnos en ciudadanos que han tenido la oportunidad de abstraerse de su contexto cultural durante su participación en la sociedad civil. En este sentido, debemos cuestionar la visión reduccionista sobre la sociedad civil y preguntarnos si realmente podemos reducir al ciudadano a su «espiritualidad constitucional» para mantener sus derechos económicos. O, tal vez, ¿hay algo más que decir en este asunto?

DIFERENCIACIÓN SOCIAL Y «REFINAMIENTO CULTURAL» EN SIMMEL

Mientras Ferguson sostiene que las particularidades culturales persisten en el ambiente comercial de la sociedad civil moderna (Ferguson, 1974, 239), Hegel asocia el término «cultura» con «la inocencia del estado natural» (Hegel, 2005, 308), de la que con insistencia diferencia de la sociedad civil del Estado. Consecuentemente, la concepción cultural del «espíritu del pueblo» cede paso al término artificial de la eticicad para circunscribir la convivencia de los ciudadanos en el Estado (Bogdandy, 1991, 523). Esto no quita que podamos comprender la eticidad también como una forma específica de cultura. El autor que emprende este camino es Georg Simmel. Aun así, el concepto de cultura se parece tanto a la «eticidad» de Hegel que es legítimo deducir que ambos conceptos proceden del mismo fenómeno espiritual (Goos, 2004, 247). Pero los dos autores no lo desarrollan de la misma manera. Eso sí, Simmel opera con premisas

implícitas que se parecen al concepto del espíritu de Hegel (Goos, 2004, 162). No obstante, Simmel defiende el sujeto frente a su desaparición en la totalidad (Goos, 2004, 251) Así pues, su concepto de cultura acentúa más el origen subjetivo de una comunidad cultural que la eticidad de Hegel (Goos, 2004, 163).

Simmel comprende la cultura como «la formación armoniosa de la personalidad» (García Chicote, 2020, 173). Esta concepción está influida por un ideal de enseñanza que pretende estimular y desarrollar las capacidades *subjetivas* para el bien común (Lichtblau, 2019, 45-46) De ahí su «concepción ahistórica y subjetivista de la relación sujeto-objeto» (García Chicote, 2020, 173) que nos permite caracterizar el contenido específico de la experiencia con la modernidad, tal como se refleja en las diferentes esferas culturales y en la vida diaria (Lichtblau, 2019, 7)

Para Simmel, el fin de la formación cultural es el individuo autodeterminado, cuyo «contenido específico de su alma humana» (Lichtblau, 2019, 53, mi traducción) resalta en su espacio personal. La conquista de esta interioridad específica frente a la «objetivación» de la exterioridad es la esencia del sujeto cultural moderno, ya que forma el correlato necesario en el desarrollo de una sociedad caracterizada por la desmitificación y «naturalización de las relaciones prácticas» exteriores (Lichtblau, 2019, 48, 53). Incluso podríamos decir: el sujeto privado, cuya autonomía expresaba para Hegel la garantía de la libertad en el Estado moderno, obtiene en la «interioridad individual» de Simmel su carácter personal y su reconocimiento social, tal como lo expresa la cultura de este sistema.

De esta forma, podemos complementar la objetividad ética de Hegel por la subjetividad cultural de Simmel. Y esto nos abre un camino intermedio para comprender la realidad individual en su totalidad. Por un lado, podemos rescatar la cultura de su momificación en el Estado. La cultura representa la determinación de la conciencia subjetiva en *todas* las posibles realidades (Goos, 2004, 243-244). Entendido de esta manera, cualquier realidad social se forma en un contexto cultural y se transmite por medio de una determinada cultura. (Goos, 2004, 248). Debido a esto, la sociedad civil y el Estado residen también en una forma específica de cultura. Por otro lado, sólo podemos reconciliar las totalidades individuales de las diferentes prácticas culturales si existe un sistema general, una «sustancia originaria» que no es cultura en su esencia, sino que queda representada por ella (Goos, 2004, 160, 245, 249). Aquí entra el conocimiento absoluto del sistema hegeliano que –por representar la razón universal– debe haberse deshecho en su idea de cualquier determinación cultural. Dicho esto, el compromiso entre la «objetividad» del espíritu hegeliano y la «subjetividad» de la cultura de Simmel expresa el alcance del conocimiento universal por medio de distintos procesos culturales.[7]

7. En concreto, esto significa que la particularidad cultural debe alcanzar en su conciencia un estado de conocimiento universal. Universalidad significa que su aplicabilidad no debe limitarse a una sola cultura, sino que debe alcanzarse también por medio de otras culturas. Ello implica que esto se alcanza *necesariamente* por vías distintas. Así pues, el sistema universal debe demostrar su validez en distintos

Ahora bien, lo que aquí interesa es cuales son para Simmel las específicas condiciones que permiten dar lugar a este proceso. Cabe decir que tiempo antes de desarrollar su concepto de cultura consistente en términos lógicos,[8] su obra sociológica ya analizó las precondiciones que permiten a las personas el desarrollo de sus posibilidades culturales internas (Licthblau, 2019, 45).[9] Así pues, debemos enfocarnos en la «relación gradual entre individualización y socialización» (Lichtblau, 2019, 45, mi traducción) que da lugar a este sujeto cultural moderno. En este contexto, es importante anotar que Simmel establece el nexo entre el «triunfo del principio racional» (Simmel, 2015, 116, mi traducción) y la creciente diferenciación social de la época moderna. De esta forma, su discurso de «cultura ética» conecta directamente con el fenómeno social que rodea la compleja relación entre sociedad civil y Estado nación.

Igual que Ferguson y Hegel, Simmel diferencia entre conciencia individualizada y estrechos lazos con lo común, identificando el «avance de la cultura» con lo primero y la «sencillez» de comunidad mantenida por las «fuerzas simples» con lo segundo. Consecuentemente, la unidad colectiva del estado «primitivo» destaca por la asociación psicológica entre sus miembros, es decir, concepciones compartidas causando en todos ellos el mismo tipo de sentimiento de enemistad o amistad. Claro está que tampoco se reconoce la individualidad de la persona fuera del grupo, sino que la personalidad queda reducida a una identidad colectiva. Esto cambia con una estructura más compleja de la sociedad y la repartición de tareas, que fortalecen al individuo. En este sentido, la diferenciación social es una condición *sine qua non* para la individualización de los miembros de una comunidad, porque lleva a la diferenciación de la conciencia (Simmel, 2015, 24-36).

De ellos surgen cambios más profundos para las normas de la comunidad. A nivel intersubjetivo, se saca el sujeto de los complejos sociales que le rodean. Como consecuencia, se sustituye la culpabilidad colectiva por un concepto de culpabilidad individual (Simmel, 2015, 38-39). De esta forma se produce la independización moral de los individuos. Pero al mismo tiempo, la individualización nos hace ver la necesidad

procesos culturales. Al mismo tiempo, la «universalidad» de las culturas individuales se mide por su realización de esta idea general (Al respecto, véase Goos, 2004, 252-253).

8. Según Ole Goos, el concepto de cultura de Georg Simmel representa un sistema autorreflexivo y completo en sí mismo, además de ser consistente en términos lógicos. Los principios de este concepto se encuentran en dos obras, *El concepto y la tragedia de la cultura* de 1911 y *El conflicto de la cultura moderna* de 1918. Aun así, la elaboración más compleja y avanzada de la cultura la presenta en su ensayo sobre la *Filosofía del dinero* de 1900 (Al respecto, véase: Goos, 2004, 4-24).

9. La obra que trata el fenómeno de la diferenciación social y que aquí interesa, fue publicado un tiempo antes (en 1890) de su concreción teórica de la cultura. Pero a pesar del «carácter fragmentario» de la compleja obra de Simmel, existe un hilo conductor que conecta sus diferentes ensayos a base de la idea de que hay una visión específica del mundo moderno y que ésta se refleja en diferentes esferas de la vida humana (Lichtblau, 2019, 6). Dicho esto, no sorprende que encontremos las premisas básicas de su concepto sobre el sujeto cultural moderno ya en su relativamente temprano ensayo sobre diferenciación social: el protagonismo del sujeto en la interacción con su entorno y la transformación reflexiva del código ético a causa de la individualización.

de actuar de forma altruista en un espacio social compartido si queremos conseguir nuestros objetivos personales. Aquí, nos volvemos a encontrar con el momento reflexivo de la eticidad de Hegel. En otras palabras, la individualización implica el reemplazo de un concepto de código ético por otro. Ahora destaca la delimitación de la eticidad hacía el individuo. Y debido a esto, la concepción de la igualdad universal está estrechamente vinculada con la esencia y el valor de la individualidad (Simmel, 2015, 45-47, 59). Pero, ¿cuáles son los factores que condicionan tal «avance de la cultura»?

Para Simmel, la causa para el refinamiento del código ético se debe al engrandecimiento de los círculos sociales. Su efecto inmediato es la conexión de los miembros de un círculo lejano que sobrepasa la afiliación a un grupo socialmente limitado. De esta forma, los miembros de una comunidad se emancipan de las fronteras de la nacionalidad (Simmel, 2015, 50-58). En vez de considerarse en su identidad colectiva, las personas se reconocen en la individualidad del otro (Simmel, 2015, 69). Este momento reflexivo ya lo reconocemos en la eticidad de Hegel. Sin embargo, Simmel introduce un elemento nuevo cuando trata los efectos *psicológicos* de esta reflexión en la conciencia del sujeto.

La individualidad se concreta en la diversidad de prácticas a raíz de nuestras preferencias personales. Al mismo tiempo, la individualidad constituye el vínculo común que sobrepasa todas las diferencias personales. Esto nos hace comprender la personalidad en su diversidad interna y nos facilita ponernos en el lugar de otro. Así pues, la *empatía* refleja las sensaciones de un espacio social individualizado (Simmel, 2015, 113-114). Precisamente, la abstracción cultural en la individualidad implica este «desarrollo psicológico del reconocer» (*psychologische Entwicklung des Erkennens*»). De ahí nuestra capacidad de *reconocer* el refinamiento de la vida social (Simmel, 2015, 70). En otras palabras, el sujeto individual desarrolla el sentido para la complejidad del entorno social y de las propias personas, considerando y aceptando sus contradicciones. De esta forma, se aprende a reconocer los altibajos, contradicciones y rarezas de lo individual (Simmel, 2015, 71). Así pues, la comunidad individualizada cuenta con una diversificación de nuestras impresiones, donde se tienen en cuenta los distintos contenidos que constituyen nuestra personalidad (Simmel, 2015, 85-99). Pero también se hace visible que la formación de la individualidad (y su reconocimiento) va emparejada a una *convicción cosmopolita* que transciende la estrecha vinculación a un grupo socialmente limitado (Simmel, 2015, 55).

De ello surge una nueva práctica cultural. El grupo deja de regular la actuación de los sujetos (Simmel, 2015, 100). En su lugar, el individuo decide. Por tanto, es una consecuencia lógica que combine los elementos de su cultura de manera individual (Simmel, 2015, 100). Las diferencias sociales no se alinean ya con el entorno social inmediato y externo. En su lugar, reproducen las preferencias individuales que sobrepasan los espacios sociales «naturales» (Simmel, 2015, 100, 134). La homogeneidad del grupo colectivo cede paso a la heterogeneidad de la persona que se organiza ahora en la homogeneidad de círculos en línea con sus preferencias personales (Simmel, 2015, 111). Se hace visible que el individuo gana terreno en el ámbito de su propia

identidad cultural. No pierde su identidad cultural, sino que la reconstituye a raíz de sus preferencias subjetivas. De esta forma, el individuo recupera su derecho a la cultura.

En este sentido, el grado del desarrollo cultural de una comunidad se mide por la diversificación de la asociación individual, donde los individuos reconcilian sus diferentes intereses. Claro está que el sistema institucional debe responder a la diversificación de los intereses individuales (Simmel, 2015, 90, 95, 105). Esto no quita que deba haber un balance entre el deseo a la especialización por parte de la persona singular y el interés general de toda comunidad. Precisamente por eso la cultura necesita ampliar continuamente los círculos de actuación para que pueda haber el mismo grado de diferenciación entre la tarea individual y la social (Simmel, 2015, 142).

Al final de este proceso, encontramos una nueva forma de comunidad. En esta comunidad, la cercanía de las personas deja de constituir la esencia del grupo. En su lugar tenemos relaciones sensitivas, mantenidas por individuos que han venido originalmente de grupos muy lejanos. El contenido, y no la necesidad natural y externa, determinan ahora la esencia de esta comunidad. Y este contenido debe expresar en sí mismo consideraciones prácticas más elevadas que la mera necesidad de la naturaleza (Simmel, 2015, 100, 104). Y esto implica que el contenido de la relación individual vaya necesariamente más allá del interés económico.

En resumen, es legítimo constatar que Simmel completa la eticidad hegeliana con «hábitos culturales» propios de una sociedad individualizada. Es importante anotar que la cultura como sistema de valores y fundamento de las asociaciones humanas no desaparece. Sin embargo, es la forma de la práctica cultural lo que experimenta cierto tipo de refinamiento. La individualización reflexiva induce a una nueva versión sobre nuestro entorno social. Nos hacemos conscientes de su *diversidad* y del *contexto* de las singulares actuaciones subjetivas. Y esto nos permite identificar la complejidad real de la comunidad a través de sus individuos, o incluso diferenciar entre las singulares motivaciones detrás de las actuaciones individuales. Sólo es consecuente que tal visión refinada de la realidad social promueva nuevas formas de asociación social en la que las motivaciones personales, pero no las externas demarcaciones naturales determinan el contenido de la agrupación. Y este contenido no sólo es económico. Son los distintos rasgos de la personalidad, sus intereses, sentimientos y gustos los que se reflejan en estos tipos de organización. De esta forma, se relativiza nuestra propia identidad cultural. Y la relativización induce a una reflexión sobre nuestra propia identidad que permite también distanciarnos *éticamente* de aquellos elementos que no (o ya no) corresponden a los valores de nuestra vida social. En vez de ser determinados por nuestro entorno cultural, recuperamos nuestro derecho a la cultura. Pero este derecho sólo lo podemos aplicar si estamos dispuestos a refinar nuestra propia identidad cultural aceptando la diversidad la complejidad, abriéndonos a la contradicción y los matices que inhabitan el entorno social, tanto en el nuestro como en el ajeno. De esta forma, se amplían las fronteras de la comunidad social, haciéndonos capaz de ver la individualidad en «el otro» en vez de reducirle a su identidad colectiva.

Así pues, no es el «mero interés comercial», sino que es el derecho a la cultura lo que marca la «eticidad» de la sociedad civil individualizada. Y su práctica cultural expresa la empatía, la reflexión y el relativismo cultural.

¿DESDE LA SOCIEDAD CIVIL MODERNA AL «*DEMOS* EUROPEO»? CONCLUSIONES PARA UNA EUROPA COSMOPOLITA

La tematización de la sociedad civil nos señala los problemas que plantea la individualización para la integración política. El refinamiento de las costumbres es clave para entender la problemática relación del Estado nación con la democracia. Y esto nos llevará a las posibilidades y límites de un sujeto cultural europeo.

Hemos visto que no podemos tratar a los ciudadanos como meros sujetos económicos, sino que también debemos considerarlos como sujetos culturales si queremos concederles una identidad política. Es de esperar que la práctica cultural no se limite al ámbito privado, sino que se extienda a la esfera pública, donde los ciudadanos ejercen sus derechos democráticos. En este sentido, la teoría política moderna sostiene un trasfondo cultural común en el que pueden aplicarse los derechos de la democracia. En su lectura tradicional, este trasfondo cultural común se basa en la exclusividad e inmutabilidad de una identidad nacional exógena (Máiz, 2018, 180, 198). La alternativa presentada en este ensayo parte de una premisa distinta. Se puede interpretar el «trasfondo cultural común» de otra manera. Es decir, no como rasgos particulares de un sólo colectivo, sino como una serie de convicciones compartidas entre los ciudadanos. El cambio de paradigma resulta de la individualización de la esfera política común y el «allanamiento» de su particularidad cultural en las instituciones, tal como fue señalado por los tres autores con el ejemplo histórico de la sociedad civil. Y tal como vimos, el mismo concepto del Estado racional sólo tiene sentido en este contexto.

Ferguson vincula el Estado moderno a una determinada forma de comunidad. Su emergencia resulta de la individualización y el «refinamiento de las costumbres». De esta manera se distingue de la impregnación colectiva en las culturas antiguas. Esto da lugar a una nueva «conciencia moral» orientada hacia el interés y la dignidad individual. Sin embargo, esta forma de sociedad necesita instituir una comunidad política capaz de asegurar la dignidad individual frente al individualismo devastador.

Hegel no resuelve este dilema de forma política, pero sí nos da el fundamento jurídico de este orden social. El Estado, establecido sobre el reconocimiento de la individualidad, refleja en su derecho constitucional la abstracción de la particularidad cultural. Su institución resulta de la reflexión de la comunidad sobre su propia esencia, y consecuentemente, la práctica ética de los ciudadanos incorpora esta reflexión. No sólo tienen derechos por ser individuos, sino que se reconocen y respetan entre sí como individuos. En otras palabras, el Estado constitucional requiere de una «espiritualidad constitucional» compartida y vivida por los ciudadanos.

Es legítimo decir que Simmel entiende la eticidad de Hegel como refinamiento de la identidad cultural. La particularidad cultural no desaparece en el Estado, pero se cambia la forma de su práctica social, ya que el individuo se relaciona con ella de otra manera. Esto tiene sus implicaciones para el espacio social compartido. Como el individuo gana más espacio, las relaciones sociales se establecen a raíz de las preferencias individuales. El derecho individual a cultura reemplaza a la determinación externa de la identidad por el colectivo. Los estereotipos entre los grupos, así como la sumisión del individuo a la identidad colectiva desaparecen. En su lugar surge una nueva convicción cosmopolita que se basa en la individualidad como enlace común. Esto da lugar a una visión más diferenciada sobre el entorno social.

Ahora bien, ¿cuáles son las implicaciones para la problemática de la democracia europea y su relación con su supuesto antípoda, la democracia nacional?

Si abandonamos el campo teórico y nos trasladamos hacía el ámbito empírico, deberíamos identificar la correlación entre refinamiento cultural e individualización como «constante psicosocial» (Seidendorf, 2007, 33) de toda forma de socialización humana. Sin embargo, paradójicamente, ésta parece haber logrado su mayor importancia en la consolidación de la comunidad nacional. Miles de extraños se identificaron como miembros de la misma «comunidad imaginada» a raíz de «rituales» individualmente compartidos; por ejemplo el consumo del periódico o la literatura (Anderson, 1993, 43-61). Así pues, la misma historia de la comunidad nacional es una muestra ejemplar de que las relaciones de contenido, basadas en la preferencia individual, fortalecen el sentido de comunidad que sobrepasa a las delimitaciones externas.

Ahora bien, también sabemos que la «comunidad imaginada» es sólo una parte de la exitosa historia del Estado nación. Tarde o temprano, la institución política de la comunidad nacional implicó un proyecto de homogenización cultural (Smith, 2005, 136). Entonces, ¿deberíamos presumir que la individualización absorbe nuestra identidad cultural en las instituciones de un Estado para dar lugar a una externalización colectiva todavía mayor? Argumentando así, nos olvidamos de que esta concepción monista del Estado nación sólo es una variedad entre muchas posibles formas de practicar la identidad nacional (Máiz, 2018, 180-181). Su peso histórico se explica por la emergencia del Estado territorial soberano y la comprensión fáctica de su poder político, que justificaba su reclamación universal de la sociedad con la semántica de la identidad cultural dominante (Richter, 1996, 99-101; Máiz, 2018, 186).

Si somos capaces de dar lugar a una realidad política alternativa, el discurso nacional puede tomar una forma bien distinta. Para encontrar una respuesta, debemos mirar a un contexto político que no responde al clásico escenario del Estado nacional soberano. Este espacio «post-soberano» lo encontramos en las instituciones supranacionales de la Unión Europea.

Y efectivamente, los discursos sobre el proyecto europeo, tal como se desarrollaron en las esferas públicas de Francia y Alemania, dos de los Estados miembros más antiguos, demuestran un notable cambio de paradigma. La consolidada práctica en instituciones políticas compartidas llevó a una modificación de la perspectiva sobre la otra nación.

Se dejaron atrás los estereotipos de dos comunidades separadas. En su lugar, el discurso modificado ha relativizado la propia perspectiva, integrando la visión del otro. Más importante aún, se desarrolló una sensibilidad para los matices y significados del debate en la nación vecina. Como resultado, el discurso tiene una dinámica propia, donde el contexto nacional ha dejado de ser el determinante para los argumentos. En su lugar, ha evolucionado una nueva dicotomía (integracionista vs. soberanista) que sobrepasa las esferas nacionales e incluso transciende el antagonismo interior del Estado nación entre «izquierda» y «derecha», pero sin sustituir a estos conflictos políticos y sociales precedentes. Aunque los participantes de este nuevo discurso siguen abordando su respectiva comunidad nacional, el discurso en sí destaca por su racionalidad, es decir, su orientación en el peso de argumentos, donde el contexto nacional constituye, como mucho, un factor más de orientación general. Esto marca un fuerte contraste al inicio de la integración, cuando apenas existía conocimiento del país vecino. No sorprende que los estereotipos y prejuicios nacionalistas hayan dominado la interpretación de las posiciones y hechos políticos en aquellos tiempos (Seidendorf, 2007).

Así pues, la relación individual de contenido ha reemplazado a la externalización colectiva, por lo menos en las esferas públicas de dos Estados miembros con una larga experiencia de práctica institucional común. En este caso, sí disponemos de una esfera pública transeuropea, aunque ésta se plasme a través de las esferas públicas nacionales. Esto no quita su impacto importante sobre los discursos nacionales. Se produjo una reflexión sobre la propia identidad en conocimiento de la perspectiva del otro, dando lugar a un discurso nacional alternativo.[10] Dicho esto, el análisis del discurso de Seidendorf es una muestra empírica de la transformación de las identidades nacionales desde una comprensión excluyente y encerrada hacía un concepto más «abierto» y «empático» con lo que anteriormente ha sido considerado como «el otro».

De ello surgen conclusiones importantes para la democracia postnacional y más concretamente para la democracia europea.

En líneas generales, siempre podemos salir del monismo del Estado nación cuando existen alternativas concretas de actuación política frente a la primacía de la comunidad nacional (Seidendorf, 2007, 375). Debido a esto, el refinamiento cultural va condicionado por una racionalidad ética, es decir, una consolidada práctica institucional racional común. Esta «comunidad postnacional» se distingue fundamentalmente del monismo nacional, ya que no absorbe la identidad cultural, sino que induce una reflexión sobre la propia identidad. Se cambia la forma de la práctica de la identidad, pero se mantiene los círculos culturales existentes. Aplicando estas conclusiones al problema de la democracia europea:

10. En ello destaca la reflexión crítica sobre la historia de la propia nación que se vincula a una identidad europea común de manera que se considera los extremismos del pasado como un problema paneuropeo, y no sólo de un solo país. (Al respecto, véase: Seidendorf, 2007, 278, 361-368)

No podemos, ni a nivel teórico, ni a nivel empírico[11], mantener la tesis de que no haya un *demos* como referente a una democracia europea. Aun así, tampoco debemos entender este *demos* europeo en analogía al demos nacional. Se trata de ampliar la parte política del *demos* nacional mediante una dimensión europea (Seidendorf, 2007, 14). El *demos* europeo se constituye a raíz de la reflexión en las esferas públicas nacionales y debido a esto, requiere de una adaptación flexible a la situación política concreta de la integración (Seidendorf, 2007, 374). Esto significa que no se puede ni se debe repetir la historia del *demos* nacional a nivel europeo. El *demos* europeo es una modificación gradual del *demos* nacional, igual que lo pudiera haber sido la nación en referencia a sus distintas identidades culturales. Al mismo tiempo, el *demos* europeo es más que un mero complemento a la identidad nacional. Hablamos de esferas públicas nacionales europeizadas. La esfera pública se transforma de tal manera, que se abre la visión diferenciada y reflexiva sobre la identidad cultural. Entonces, «Europeización» significa que los discursos nacionales cambien para ser compatibles a nivel europeo. Y la condición *sine qua non* sólo puede ser la aceptación de la diferencia (Seidendorf, 2007, 51). Esto no excluye malentendidos, diferencias e incluso enfrentamientos. Pero sí se excluyen determinadas formas de practicar enfrentamiento, ante todo, la generalización y los estereotipos del «otro» a raíz del desconocimiento. Aquí entra también el rechazo de los extremismos del pasado. En este mismo sentido, habrá que contradecir a aquellas posiciones que descartan la identidad europea por su supuesta renuncia a la historia de la nación.[12] No se trata de renunciar a la identidad nacional, sino de distanciarse de una forma *específica* de esta identidad. La identidad europea significa que no se sumerjan las identidades a una identidad común, pero que se fortalezca y promueva la convivencia a raíz del refinamiento de nuestras identidades culturales. Esto no excluye que la historia nacional, con sus ambivalencias y contradicciones, se vea reflejada críticamente en un canon de valores universales.[13] Aun así, estos valores universales deben alcanzarse en las distintas esferas culturales de las naciones europeas.

Este último paso nos lleva al elemento más importante de la democracia, los ciudadanos. Dicho esto, ¿qué conclusiones podemos sacar de ello para salir del dilema institucional de la Unión Europea, tal como lo plantea Bickerton?

No puede instituirse una democracia europea sin que la cultura europea se refleje en la práctica social de los ciudadanos. Ellos también necesitan incorporar el momento reflexivo en su identidad nacional. En esta misma línea, algunas propuestas de reforma de la Unión Europea apuntan a la ciudadanía europea para desarrollar su potencial para liberar la mente del individuo de la dominación del Estado nación y así «institucionalizar la idea de pertenencia cívica en un continente que ha sido plagado por las consecuencias de pertenencia étnica durante un siglo entero» (De Witte, 2018, 99, mi traducción). La condición *sine qua non* para ello es la europeización de las esferas públicas nacionales y

11. Al respecto, véase: Seidendorf, 2007, 374.
12. Véase Bartoszewicz, 2014: p. 45.
13. Véase la interpretación del patriotismo constitucional por Habermas (Habermas, 1986).

la politización de los asuntos europeos (Risse, 2014, 1213). Este ensayo ha demostrado que las esferas públicas europeas ya cumplen con la primera condición. Pero la segunda condición requiere de la disponibilidad de concretas alternativas políticas frente a la primacía nacional. En este mismo sentido, la llamada «afectividad» del distanciamiento nacional sólo llega a ser un problema cuando *no* existan estas alternativas concretas de actuación que posibiliten percibir la realidad social diferente (Seidendorf, 2007, 374). En otras palabras: pese a que exista una esfera nacional europeizada, una democracia europea requiere de la visualización de alternativas concretas de actuación política. De ahí pueden venir demandas políticas concretas por parte de los ciudadanos. Esto quiere decir que el peso para democratizar la Unión Europea no sólo puede caer en manos de los ciudadanos. Las instituciones políticas de la Unión Europea deben responder a las demandas de una conciencia pública europeizada y permitir la actividad política democrática correspondiente. En este contexto, los análisis señalan también a los líderes políticos, y a su responsabilidad de incluir Europa en el debate público y «poner sobre la mesa» la idea de una Europa política en forma de concretas opciones políticas. De ello surgen puntos de partida para que los ciudadanos puedan desarrollar y comunicar sus preferencias políticas. Entendido de esta manera, el populismo sería más bien la consecuencia, siempre cuando *no* se proponga a los ciudadanos las perspectivas de actuación política a nivel europeo. Sólo bajo esta condición se retirarán los ciudadanos hacia la exclusividad de su esfera nacional.[14] Pero no es necesariamente una constante del sistema, tal como lo sostiene Bickerton. Con esto se hace visible que la cultura y democracia europea se condicionan mutuamente.

Debido a esto, la salida del dilema debe girar en torno a un fundamento normativo de la ciudadanía europea (De Witte, 2018, 98) con derechos políticos concretos (Schelke, 2019) para que los ciudadanos tengan la posibilidad de desarrollar una identidad cosmopolita. Esto supone un gran paso si partimos del estado actual de la ciudadanía europea: Ésta no sólo viene predeterminada por la identidad nacional del respectivo Estado miembro, sino que resulta ser, en su dimensión transnacional, el ejemplo ilustre del error de Hegel de reducir a la identidad pública del ciudadano a un

14. Otros estudios más recientes llegaron a conclusiones muy parecidas que Seidendorf. Incluso afirman la emergencia de un demos europeo y que éste ha sido reforzado en la crisis del euro en la primera década del siglo XXI. Esto demuestra una creciente politización de los asuntos europeos y la intensificación del debate, teniendo lugar en esferas públicas europeizadas, aunque eso sí, el grado politización varia en los distintos Estados Miembros. Sin embargo, si esta constelación lleva a «más Europa» o al retorno al Estado-nación, depende de cómo se enarca los asuntos tratados en el debate público. En otras palabras, la emergencia de una comunidad transnacional depende de si la politización de los asuntos europeos y la europeización van en conjunto o no. En este sentido, se recomienda a líderes europeos no dejar Europa fuera del espacio comunicativo sólo a los políticos euroescépticos. Con ello, se vuelve a afirmar la tesis de Seidendorf también para el relativamente reciente contexto de la crisis del euro: debe haber verdaderas alternativas de actuación política para que el impacto de la Europeización no induzca a la formación de identidades excluyentes. Al respecto, véase también: Risse, 2014)

mero sujeto económico.[15] En cambio, si quisiésemos realmente asumir en la ciudadanía europea un sujeto cosmopolita de una democracia postnacional, deberíamos sustituir su actual carácter complementario por una auténtica ciudadanía política que da primacía a la identidad europea. Tal paso implicaría necesariamente un cambio profundo de la estructura actual de la Unión Europea, mejor dicho, una modificación de los Tratados que instituye una Unión Política. A pesar de su actual carácter utópico, los reproches que ha tenido que sufrir la visión democrática de Europa en la última década, no han podido silenciar a las voces que siguen a Jürgen Habermas en su visión de una Unión Europea democrática. Habermas propone una Unión Política que refleja una estructura dual de legitimidad democrática: por un lado un Parlamento Europeo, equipado con verdaderos poderes de decisión y representando a todos los ciudadanos individuales europeos, y por otro lado los pueblos organizadas en las entidades constitucionales de los Estados Miembros que aun así preservan a su autonomía presupuestaria (Lenaerts & Gutiérrez-Fons, 2018, 456).[16]

Y con ello podríamos tratar las dimensiones políticas, sociales y económicas de la Europeización de la forma que se corresponde según su verdadera naturaleza: como un asunto político, que tiene que ser mediado entre los intereses particulares de las comunidades de los Estados Miembros y al mismo tiempo responder al interés general de la Comunidad Europea, en su conjunto. De esta forma, Europa no sólo re-conectaría con sus ciudadanos. El agotamiento de la agenda «ordo-liberal» original (Joerges, 2018, 100) de la Unión Monetaria y Económica que ha desembocado, de facto, en una relación de «comando y control» (Joerges, 2018, 116, mi traducción) durante la gestión de la última crisis económica y que nos exige situar la idea de Europa en una nueva narrativa, tal vez la redistribución socio-económica para compensar los efectos externos de la integración económica. De todas formas, este tipo de debates ya está ocurriendo en la mayoría de las esferas públicas de los Estados Miembros. Es más: los datos indican que la mayoría de los ciudadanos de la zona euro estaría dispuesto a conceder políticas redistributivas a la Unión Europea, por lo cual es legítimo constatar que la mayoría de estos ciudadanos ya asume una identidad dual.[17] Eso sí, existen diferentes opiniones sobre cuál será la mejor forma de implementar estas políticas (lo que es propio de cualquier esfera política), pero la mayoría de países miembros con diferentes perfiles económicos[18] no tiene problema alguno en conceder a todos los europeos los mismos derechos sociales y políticos (Risse, 2014, 1208-1210). Debido a esto, deberíamos preguntarnos si detrás de los choques y enfrentamientos políticos que acompañaron a

15. Véase al respecto de la primacía de recursos económicos en los derechos de la ciudadanía europea: Martín Martínez, 2016, 263-279.
16. Al respecto, véase: Habermas, 2011, 68-69.
17. Es importante anotar que no hay diferencias entre norte y sur con respecto a la solidaridad transeuropea, a pesar de que los países del este de Europa parecen estar menos dispuestos a mostrar solidaridad con los otros europeos. Véase: Risse, 2014, 1210.
18. En concreto, España, Polonia y Alemania. Al respecto, Véase: RISSE, 2014: 1210.

la crisis económica, se esconden, tal vez más que el mero prejuicio y rencor, posiciones políticas concretas de un debate público transeuropeo sin foro.[19]

Dicho esto, habrá que contradecir a Bickerton cuando éste vio la Unión Europea atrapada entre las fuerzas del populismo y la tecnocracia. Los datos, antes y después de la crisis económica, apuntan más bien a lo contrario: los ciudadanos europeos están preparados para dar «el último paso de democratización» e incluso existen modelos de un Estado democrático que puede afrontar esta transición gradual sin producir ninguna ruptura drástica con el sistema constitucional existente. Consecuentemente, la solución está en una reforma institucional que permita a los ciudadanos convertirse en sujetos políticos de una democracia europea.

En conclusión, la democracia europea no requiere de una nación europea, pero sí de una cultura europea. La cultura europea se caracteriza por el refinamiento de nuestra identidad nacional. El *demos europeo* destaca por una reflexión ética de la esencia de una comunidad política. Se trata de un conjunto de *demoi nacionales* europeizados y conectados entre sí, compartiendo una misma arena del discurso a raíz de una práctica institucional común. Su institución política requiere sólo de una adaptación gradual de la democracia nacional, pero no la drástica disolución de la identidad constitucional de los Estados miembros. Esto no quita que sólo podemos dar carácter político al proyecto europeo si la reflexión alcanzada en sus instituciones se refleja en la práctica cultural de los ciudadanos. Debido a esto, no servirá de nada mantener al ciudadano alejado del poder de las instituciones o considerarlo como mero sujeto económico. Si no basamos la Unión Europea en la igualdad de los ciudadanos europeos en sus obligaciones y derechos políticos (Seidendorf, 2007, 375), encerramos a la población en la falsa eternidad del Estado nación, expresando en su colectividad el estatismo de una Unión de Estados sin «destilación trascendida de su esencia» (Bickerton, 2015, 206).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Anderson, B., (1993). *Comunidades Imaginadas,* Méjico D.F.; Fondo de Cultura Económica.

Avineri, S., (1962). «Hegel and Nationalism.» *The Review of Politics 24* (4), 461-484. https://doi.org/10.1017/S0034670500012389

19. Según el «conocimiento convencional», la crisis económica ha guiada hacía la re-nacionalización de las esferas públicas activando sus respectivos estereotipos (por ejemplo, «griegos cándales» vs. «nazis alemanes»). A diferencia de lo anterior, Risse sostiene que este fenómeno podría explicarse por dos diferentes estructuras de significado emergiendo a raíz de la crisis económica, proporcionando dos lecturas diferentes de los acontecimientos y repartiéndose a grosso modo entre los países acreedores «del sur» y los países deudores «del norte». Al mismo tiempo, puede que los datos indiquen la preocupación por un asunto europeo común, con dos posiciones divergentes sobre las políticas adecuados para lograr este objetivo común. Esto significaría que no se reactivaron realmente los antiguos estereotipos, sino que nos encontramos ante un discurso público transeuropeo con dos respuestas alternativas frente a la crisis económica en un espectro político que traspasa las fronteras nacionales. Al respecto, véase: RISSE, 2014: 1211-1212.

Bartoszewicz, M.G. (2014). «European Identity: Europe as its own 'Other'«, *Horizons of Politics 10*, (5), 31-49. https://www.ceeol.com/search/article-detail?id=276810 (13.07.2021)

Bickerton, C., (2015). «De Estados nación a Estados miembros: la integración europea como transformación de los Estados.» *La búsqueda de Europa: visiones en contraste. Traducción de Jesús Masanet*, Madrid: La Fábrica, 205-216. https://www.bbvaopenmind.com/articulos/de-estados-nacion-a-estados-miembros-la-integracion-europea-como-transformacion-de-los-estados/ (13.07.2021)

Bogdandy, A., (1991). „Hegel und der Nationalstaat", *Der Staat*, *30,* (4), 513-535.

BverfG, (2009). *Judgment of the Second Senate of 30 June 2009-2 BvE 2/08 –, paras. 1-421.* https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2009/06/es20090630_2bve000208en.html;jsessionid=82DD8CDCB2EDB9B99822C11661289C0E.1_cid377 (13.07.2021)

Comisión Europea, (2012). *COM(2012) 777 final*. https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2012/ES/1-2012-777-ES-F1-1.Pdf (13.07.2021)

Copsey, N., (2015). *Rethinking the European Union*, Londres, Nueva York: Palgrave and Mac Millan.

De Witte, F., (2018). «Freedom of Movement Needs to Be Defended as the Core of EU Citizenship», *Debating European Citizenship*, Cham: Springer, 93-99. DOI: 10.1007/978-3-319-89905-3_19

Ehret, P., (2018). *¿Un soberano europeo? Una Europa de identidades múltiples.* Madrid: Tecnos.

Ferguson, A., (1974). *Un ensayo sobre la historia de la sociedad civil. Traducción y revisión de Juan Rincón Jurado.* Madrid: Instituto de Estudios Políticos.

García Chicote, F.M., (2020). «El concepto de cultura en la ensayística de Georg Simmel», *Pandaemonium 23* (41), 152-175. https://doi.org/10.11606/1982-88372341153

Goos, O., (2004). *Zur Reproduktion der Philosophie G.W.F. Hegels bei Georg Simmel und Emile Durkheim*. Saarbrücken: Akademikerverlag GmbH & Co. KG.

Koslowksi, S., (2008). „Hegel als Theoretiker der bürgerlichen Gesellschaft und des modernen Staates?«, *Archiv für Rechts– und Sozialphilosophie 94* (1), 86-110.

Habermas, J., (2013). «Democracy, Solidarity, and the European crisis.» *Ponencia del 26 de abril 2013 en la Universidad de Leuven.* https://www.pro-europa.eu/europe/jurgen-habermas-democracy-solidarity-and-the-european-crisis/ (13.07.2021)

Habermas, J. (2011). *Zur Verfassung Europas. Ein Essay.* Berlin: Suhrkamp.

Habermas, J., (1986). „Eine Art Schadensabwicklung. Die apologetischen Tendenzen in der deutschen Zeitgeschichtsschreibung.« *Die Zeit. 11 de junio 1986.* https://www.zeit.de/1986/29/eine-art-schadensabwicklung (13.07.2021)

Hegel, G.W.F., (2005). *Principios de la filosofía del derecho o derecho natural y ciencia política. Traducción y prólogo de Juan Luis Vermal.* Barcelona: Edhasa.

Hill, L., (2010). «Civil Society Theory: Ferguson.» *International Encyclopedia of Civil Society.* New York: Springer. DOI: 10.1007/978-0-387-93996-4_519

Jiménez Sánchez, J., (2020). «El concepto de Estado democrático de derecho. En torno a una reconstrucción de la democracia constitucional desde una perspectiva hegeliana.» *Manuscrito no publicado*.

Jiménez Sánchez, J., (2014). «Tres huevos de papagayo», *Anuario de Filosofía del derecho 30*, 271-290.

Jiménez Sánchez, J., (2009). «Los tres errores de Hegel», *El búho. Revista Electrónica de la Asociación Andaluza de Filosofía 6*, 171-189.

Joerges, C., (2018). «Social Justice in an Ever More Diverse Union». *A European Social Union after the Crisis.* Cambridge, New York: Cambridge University Press, 92-120.

Lenaerts, K. & Gutiérrez-Fons, J.A., (2018). «The European Court of Justice as the Guardian of the Rule of EU Social law». *A European Social Union after the Crisis.* Cambridge, New York: Cambridge University Press, 433-456.

Lichtblau, K., (2019). *Zur Aktualität von Georg Simmel. Einführung in sein Werk. Segunda Edición.*Wiesbaden: Springer.

Máiz, R., (2018). *Nacionalismo y Federalismo. Una aproximación desde la teoría política*. Madrid: Siglo XXI.

Martín Martínez, M., (2016). «New Developments on the Free Movement of Persons in the European Union in a Time of Crisis. Eroding the European Citizenship?,» *EU Law after the Financial Crisis*. Mortsel: Intersentia: 263-279. https://doi.org/10.1017/9781780685205

Ottmann, H., (2008). *Geschichte des politischen Denkens. Band 3: Neuzeit.Teilband 2: Das Zeitalter der Revolutionen*. Stuttgart, Weimar: J.B. Metzler.

Richter, D., (1996). *Die Nation als Form*. Opladen: Westdeutscher Verlag GmbH.

Risse, T., (2014). «No Demos? Identities and Public Spheres in the Euro Crisis.» *Journal for Common Market Studies*, *52*, 1207-1215. https://doi.org/10.1111/jcms.12189

Schelke, W. (2019). «The way ahead for a European Social Union? Let's focus on political citizenship and taxation.» http://www.euvisions.eu/esu-debate-political-citizenship-taxation-schelkle/ (13.07.2021)

Schnädelbach, H., (2016). *Hegels praktische Philosophie. Ein Kommentar der Texte in der Reihenfolge ihrer Entstehung* (Cuarta Edición). Frankfurt/M: Suhrkamp.

Seidendorf, S., (2007). *Europäisierung nationaler Identitätskurse? Ein Vergleich französischer und deutscher Printmedien*. Baden-Baden: Nomos.

Simmel, G., (2015). *Über sociale Differenzierung. Soziologische und psychologische Untersuchungen*. Berlín: Contumax GmbH & Co KG.

Smith, A., (2005). *The Ethnic Origins of Nations*, Malden, MA, Oxford, Carlton: Blackwell Publishing.

Varty, J., (1997).» Civic or commercial? Adam Ferguson's concept of civil society.» *Democratization 4*, (1), 29-48. http://dx.doi.org/10.1080/13510349708403500

Wences Simon, I., (2006). ¿Civil o comercial? Paradojas de la idea de sociedad civil en Ferguson. *Revista mexicana de ciencias políticas y sociales 4*8, (196), 15-25. http://dx.doi.org/10.22201/fcpys.2448492xe.2006.196.42508.

Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, (2022), *45*
e-ISSN: 2386-4702 | ISSN: 0214-8676

No tan distintos: el derecho privado redistributivo frente al mito de la superioridad del derecho público. Parte I

Not so Different: Redistributive Private Law versus the Myth of the Superiority of Public Law. Part I

Diego M. Papayannis*

Look into your book of rules
and tell me what you see
Are you all that different?
Are you just the same as me?
Luca Prodan, 1987

Autor:
Diego M. Papayannis
Universidad de Girona, España
diegomartin.papayannis@udg.edu
https://orcid.org/0000-0002-0857-0580

Recibido: 15-3-2021
Aceptado: 4-9-2021

Citar como:
Papayannis, Diego M. (2022). No tan distintos: el derecho privado redistributivo frente al mito de la superioridad del derecho público. Parte I. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, *45*, pp. 99-130. https://doi.org/10.14198/DOXA2022.45.04

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

Diego M. Papayannis

Resumen

De acuerdo con una visión ampliamente aceptada, el derecho privado debe quedar al margen de la redistribución de recursos. Esta tarea debe dejarse al derecho tributario y al gasto público. En este artículo argumento que el derecho privado *puede contribuir* en esta tarea de modo significativo. Contra las objeciones usuales, intentaré mostrar que algunas de sus normas, en especial las relativas a la responsabilidad civil y los contratos, no son particularmente ineficaces o ineficientes en comparación con las alternativas propias del derecho público. Siendo esto así, el rechazo del derecho privado como un medio idóneo para la implementación de políticas redistributivas carece de fundamento.

Palabras clave: responsabilidad civil; contratos; redistribución; ineficacia; ineficiencia

Abstract

According to conventional wisdom private law should be excluded from redistributive policies. Redistribution of resources should be carried out by tax law and public spending. In this paper, I argue that private law *can*

* Con apoyo del proyecto «Los errores en la producción y en la aplicación del derecho» (PID2020-114765GB-I00), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (España). Agradezco los comentarios y sugerencias de Hugo Acciarri, Carolina Fernández Blanco, Esteban Pereira Fredes, Henry M. Reyes Garcés, Alexander Vargas Tinoco y los dos evaluadores anónimos de Doxa.

contribute to redistributive goals in a significant way. Against the usual objections, I try to show that some of its rules, especially those relating to tort law and contracts, are not particularly ineffective or inefficient as compared to public law alternatives. This being the case, the rejection of private law as proper means for the implementation of redistributive policies is unwarranted.

Keywords: tort law; contract; redistribution; ineffectiveness; inefficiency

1. INTRODUCCIÓN

Con algunas excepciones notables en la literatura, existe un amplio consenso en que la redistribución del ingreso es un objetivo social legítimo[1]. En efecto, la redistribución opera en distintos grados, con distinto énfasis e intensidad, en todos los países del mundo[2]. Existen para ello justificaciones bien diferentes. Un primer punto de vista señala que, dado el fenómeno de la utilidad marginal decreciente, una traslación de dinero u otros recursos desde las personas mejor posicionadas hacia las más desaventajadas incrementa normalmente el bienestar global (Kaplow & Shavell, 2002, pp. 29-31). Esto es así porque los ricos obtienen menos utilidad de las unidades monetarias sustraídas por la operación redistributiva que la que obtienen los beneficiarios de esas políticas al recibir recursos adicionales. También es posible argumentar que las políticas redistributivas son eficientes si satisfacen una preferencia social por la igualdad (Kaplow & Shavell, 2002, pp. 11, 21 y 30-31). En contraste con estas posiciones, desde una perspectiva deontológica, la redistribución del ingreso se orienta contrarrestar las inevitables desviaciones del trasfondo o marco de interacción equitativo en el cual los individuos pueden relacionarse como personas libres e iguales (Rawls, 1993, p. 268).

Así y todo, también existe un amplio consenso en que sería poco inteligente confiar en el derecho privado para lograr este objetivo social. El mejor derecho privado redistributivo, se dice, en comparación con un buen derecho tributario y una buena política de gasto público, genera consecuencias sociales inadmisibles, pues es ineficaz, ineficiente y produce resultados arbitrarios[3]. Que es ineficaz significa que no logra los

1. Entre los libertarios, la posición de Nozick (1974, pp. 149 y ss.) es bien conocida. Pese a todo, otros autores libertarios, llamados «suficientistas», admiten que una cuota de redistribución es necesaria para garantizar que las transacciones que realizan los individuos sean genuinamente voluntarias. Véase: Schwember, 2017, pp. 234-235. Por supuesto, el punto más álgido en este debate tiene que ver con el grado admisible (u óptimo) de redistribución.
2. No es sorprendente que las economías capitalistas más desiguales encuentren una mayor necesidad de implementar políticas redistributivas que las más equitativas. Véase: Rosser & Rosser, 2004, pp. 11 y ss.
3. Lo que llamaré visión «tradicional» o «convencional» del derecho privado engloba autores que por diversas razones entienden que el derecho privado no debe involucrarse en la tarea redistributiva. Para algunos de ellos, las razones son pragmáticas: el derecho privado es un mal instrumento de redistribución. Véase, Morgan, 2013, pp. 148-157; Fried & Rosenberg, 2003, pp. 66-72. Otros autores, se oponen a la redistribución mediante el derecho privado por razones conceptuales: un derecho privado orientado a la redistribución se desnaturalizaría, es decir, dejaría de ser derecho privado (véase Weinrib, 1995,

objetivos que se propone o que los logra de modo muy modesto en comparación con otras alternativas. Que es ineficiente supone que en el proceso redistributivo se destruye una parte de la riqueza social que de otro modo sería preservada y que, por tanto, podría ser redistribuida con mayor provecho para los propios desaventajados. Finalmente, los resultados son arbitrarios en tanto solo participan de la redistribución quienes tienen la *buena* o *mala* fortuna de verse involucrados en una interacción (como un contrato o un accidente) y, además, nada garantiza que quienes sí participan lo hagan en la medida adecuada según los criterios de justicia distributiva socialmente acordados.

En lo que sigue, analizaré en detalle las dos primeras objeciones mencionadas y dejaré la objeción de arbitrariedad para un artículo posterior. Aquí intentaré mostrar que el derecho privado no es particularmente ineficaz o ineficiente en comparación con la alternativa del derecho tributario y el gasto público. Siendo esto así, la postura tradicional según la cual *no deben* implementarse políticas redistributivas mediante el derecho privado está desencaminada. Por supuesto, dado que ni el derecho público ni el derecho privado tienen una *performance* redistributiva impecable, que a fin de cuentas sea conveniente o no canalizar la redistribución mediante el derecho privado es una cuestión diferente que merece un estudio detallado, atendiendo no solo al grado de consecución de la redistribución deseada sino también a la incidencia que la regla redistributiva propuesta pueda tener sobre otros valores sociales y políticos.

En este trabajo, la pregunta que deseo responder es si el derecho privado *puede* redistribuir el ingreso sin desencadenar consecuencias sociales intolerables. Defenderé que esta es una cuestión contingente, pero se verá que en no pocas ocasiones las distintas áreas del derecho privado, en particular la responsabilidad civil y el derecho de los contratos, resultan ser un instrumento tan idóneo como el derecho tributario y las políticas de gasto público para los fines redistributivos e incluso, en algún caso, podrían ser una alternativa superior. La tesis no supone que el derecho privado pueda reemplazar al derecho tributario y al gasto público en la redistribución; más bien, es un complemento, a veces necesario, para lograr efectos deseables o impedir desigualdades injustificables. Se trata, en definitiva, de un alegato en contra de la irrelevancia del derecho privado en el diseño de políticas públicas orientadas a trasladar recursos desde los más favorecidos a los más desaventajados.

---

p. 221); por último, están quienes creen que solo una concepción no-distributiva del derecho privado ofrece un fundamento moral sólido para sus instituciones (véase, entre muchos otros, Ripstein, 2016, pp. 6 y 290 y ss.; Benson, 2019, pp. 11 y 448 y ss.). No abordaré estos dos últimos argumentos directamente en este trabajo. En el pasado, he defendido que es una verdad conceptual que el derecho privado tiene un rol en la distribución de recursos (Papayannis 2014a, pp. 317 y ss.); luego, siendo imposible un derecho privado no distributivo, he cuestionado que haya un buen fundamento moral para que el diseño del derecho privado se desentienda de las desigualdades que genera (Papayannis, 2016, pp. 203 y ss.; y Papayannis, 2021, pp. 89 y ss.).

2. INEFICACIA

Hay dos razones por las cuales se piensa usualmente que la redistribución mediante el derecho privado está condenada al fracaso. La primera es que los agentes racionales desarrollarán conductas enderezadas a evitar las situaciones de redistribución. La segunda es que los agentes racionales también tenderán a trasladar los costes de la redistribución a terceros o a las mismas personas a las que la política redistributiva pretendía beneficiar. Ambas objeciones merecen atención aunque, como se verá, ninguna es concluyente.

2.1. La evitación de la regla redistributiva

¿Es siempre posible evitar la situación de trato interpersonal que haría que las reglas de un derecho privado redistributivo operen en beneficio de los más desaventajados? En el contexto extracontractual, es muy dudoso que esto ocurra pero, además, si la evitación fuese posible, ello confirmaría el éxito de la política redistributiva. Permítaseme explicar. A menos que se trate de un daño doloso, el agente nunca sabe de antemano a quién terminará dañando con su actividad. Pese a todo, existe algún margen para orientar los riesgos en un sentido u otro. Por ejemplo, una industria contaminante podría elegir que sus externalidades se proyecten sobre barrios pobres o sobre barrios ricos. Con las normas del derecho privado tradicional, siempre resultará conveniente poner en riesgo a los pobres, por varias razones: (a) los pobres tienen menos conocimiento de sus derechos (en efecto, pueden haber interiorizado la precariedad de su entorno en tal grado que los malos olores o la deficiente calidad del agua corriente pasen inadvertidos, como si fuesen propiedades *naturales* de las zonas carenciadas); (b) es menos probable que demanden por daños, pues ello requiere un asesoramiento del que en general no disponen, y el litigio en sí supone incurrir en costes elevados; (c) presentada la demanda, siempre será más fácil (y más económico) pactar una compensación extrajudicial con los vecinos pobres que con los ricos; (d) si no hubiese acuerdo extrajudicial, es más difícil que logren sostener un proceso judicial prolongado, superando además los problemas de prueba y la carga de argumentación necesarios para ganar el pleito; y (e) aunque triunfase la demanda, será más barato indemnizar a los vecinos del barrio pobre que a los del barrio rico[4].

En fuerte contraste, una regla que incorpore *alguna clase* de componente redistributivo tendrá alguno de estos efectos:

1) la nueva regla *modifica* la decisión racional de orientar los riesgos hacia los más vulnerables: esto puede ocurrir tanto cuando la regla redistributiva hace que para los agentes sea *indiferente* dañar a un rico o a un pobre, porque iguala los costes esperados de dañar a unos u otros; o bien, en el caso más extremo, hace

4. Véase Keren-Paz, 2007, pp. 68 y ss.; y Papayannis, 2014a, pp. 272 y ss.; Papayannis, 2016, pp. 71-73.

más caro dañar a un pobre que a un rico. En el primer caso, la indiferencia respecto de quiénes son las víctimas eliminaría el sesgo regresivo del derecho privado tradicional. La evitación, en este sentido, conllevaría efectos *deseables* desde el punto de vista igualitario porque ser pobre no estará asociado a una mayor probabilidad de ser dañado. En el segundo caso, una regla de responsabilidad extracontractual que generase incentivos para evitar la redistribución haría que los pobres dejasen de sufrir un daño que de otro modo sufrirían y por el cual, en aplicación de las reglas tradicionales, serían infracompensados. Que estos daños no se produzcan es en sí mismo una ganancia distributiva. Es decir, si la regla transfiere recursos solo cuando un miembro de la clase A daña a un miembro de la clase B, la manera en que los A pueden evitar la transferencia es no dañando a los B. La evitación, en este caso, es socialmente beneficiosa.

2) la nueva regla *no modifica* la decisión racional de orientar los riesgos hacia los más vulnerables: en este supuesto, entonces, la evitación no tiene lugar, es decir, los A siguen dañando a los B sistemáticamente en lugar de dañar a otros colectivos más favorecidos. Sin embargo, el componente redistributivo de la regla (sea cual fuere) opera, en mayor o menor medida, beneficiando a los más desaventajados o, al menos, neutralizando los efectos regresivos de las reglas tradicionales.

Esto permite concluir que, en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, la regla redistributiva logra su propósito tanto cuando genera evitación como cuando no la genera.

El ámbito de los contratos es diferente y, creo, más complejo. La libertad de contratación crea un espacio de discreción más amplio para la conducta evasiva. Esta evitación, sin embargo, no puede ser absoluta. El derecho de consumo recepta normas que impiden ejercer una negativa arbitraria de contratación[5], y en lo que hace al contrato paritario también existen normas que prohíben la discriminación[6]. Aun así, estas normas son insuficientes. Tomemos, por ejemplo, una norma que establece un límite a los intereses que pueden cobrarse por la venta a crédito[7]. A la luz de esta regulación, los comerciantes intentarán evitar a los consumidores de bajos ingresos, que suponen un riesgo mayor, y solo contratarán con quienes puedan demostrar una cierta solvencia mediante un contrato de trabajo indefinido, avales, etc. Ello dejará sin acceso al consumo a los sectores más desaventajados, que no satisfacen esos requisitos. En lugar

5. Véase el art. 49. inc. 1.k) del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.
6. El caso más extremo viene dado por la disuasión que genera la intervención del derecho penal en casos de discriminación que llevan a la negativa de contratación. Véase la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, 5487/1998, de 29/09/1998.
7. Véase *Banco Sygma vs. Mateo*, STS 4810/2015, de 25/11/2015, resolviendo el conocido caso de las tarjetas «*revolving*».

de confiar en el derecho privado, parece más inteligente contar con una política de impuestos y gasto público que sea progresiva, en el sentido de orientar la redistribución de ricos a pobres, y que no pueda ser eludida con tanta facilidad. El intento de beneficiar a los más pobres, concluye la objeción, los perjudica seriamente (Morgan, 2013, p. 152).

En rigor, la posibilidad de esta clase de evitación no invalida la tesis que intento defender, según la cual el derecho privado *puede* contribuir en la redistribución. La tesis no afirma que siempre pueda contribuir, ni que cuando puede hacerlo sea el mejor modo de redistribuir. Por lo tanto, admitir que la objeción de evitación en este caso es convincente no debe llevarnos a concluir que el derecho privado no es un buen instrumento para redistribuir el ingreso. Ningún instrumento jurídico es eficaz en toda circunstancia.

De todos modos, la objeción presentada no me parece correcta. Es verdad que quienes se encuentran en la situación más precaria quedarán *en ocasiones* fuera del acceso al crédito. Pero estos son los casos más urgentes que podemos encontrar. Permitir el libre juego del mercado y el acceso al crédito con tasas excesivas difícilmente cuente como una solución para estos sectores. Las personas que se encuentran en ese nivel de carencia deberían recibir la atención de un plan estatal específico para solventar sus necesidades básicas. Repito que el derecho privado no pretende monopolizar la política redistributiva, sino contribuir en ella. Y es precisamente lo que ocurre con la norma mencionada, que tiene efectos muy positivos sobre el patrimonio del resto de los consumidores, algunos de ingresos bajos y otros de ingresos medios, cuyas condiciones de acceso al crédito están cuidadosamente reguladas. Dicho de otro modo, una parte importante de los consumidores se benefician de la regulación propuesta y aquellos que queden fuera del acceso al crédito difícilmente puedan considerarse perjudicados ya que las condiciones abusivas a las que hubiesen sido sometidos, en realidad, no constituyen ninguna ventaja apreciable. En estos casos, las personas caen tarde o temprano en insolvencia o, como muestra la experiencia reciente, se convierten en deudores crónicos y cautivos[8]. La mejor solución es una regulación del derecho privado combinada con políticas redistributivas implementadas por el derecho público.

Adicionalmente, debe tomarse en cuenta que muchas otras reglas cuyos efectos redistributivos se verán más adelante, como las que establecen una garantía legal mínima en las relaciones de consumo[9], una responsabilidad por los daños derivados del defecto del producto[10], estándares de diligencia más elevados para proteger al consumidor o

8. El análisis realizado por el Pleno de la Sala Civil del Tribunal Supremo español en el caso *Wizikn Bank S. A. vs. Fidela*, STS 600/2020, de 4/3/2020 (en especial el fundamento 8vo), deja constancia de que existe una tensión entre la conveniencia a corto y largo plazo. Algunas personas pueden verse perjudicadas por estas políticas en el corto plazo y, en este sentido, podría considerarse que la intervención es regresiva (véase Bagchi, 2014, pp. 209-210). Sin embargo, creo que la perspectiva correcta es la de largo plazo: una política pública es justificable por el patrón distributivo que tiende a generar.
9. Véase el art. 123 del Real Decreto Legislativo 1/2007, ya citado.
10. Véase los art. 135 y ss. del Real Decreto Legislativo 1/2007, ya citado.

deberes de información[11], no pueden ser evitadas lícitamente, simplemente cambiando los patrones de comportamiento en el mercado. La objeción de evitación, entonces, podrá ser válida en algunos supuestos limitados, mas no puede tener una pretensión de generalidad.

2.2. La traslación de costes

La segunda razón por la cual se afirma que la redistribución mediante el derecho privado es ineficaz es que los afectados siempre podrán *trasladar el coste* de la regla en cuestión a los precios de sus productos.

Centrémonos en los dos primeros ejemplos mencionados más arriba. Consideremos primero la norma que establece una garantía obligatoria de dos años. Naturalmente, los fabricantes reaccionarán subiendo el precio de sus productos. Ello haría que la política redistributiva, en última instancia, termine impactando sobre el colectivo de los consumidores (que puede ser bastante heterogéneo en cuanto a su ingreso y riqueza) en lugar de recaer sobre los fabricantes que, se asume, son quienes tienen mayor capacidad contributiva. Como puede apreciarse, el traslado del coste al precio socava la eficacia de la medida e incluso en algunos casos acarrea consecuencias adversas para el grupo que se pretende proteger. La garantía para los consumidores más pobres la pagan a través del incremento de precios tanto los propios pobres, los consumidores de clase media y algunos consumidores ricos. Además, y más relevante, es probable que el aumento del precio haga inaccesible el bien o servicio para los consumidores de ingresos más bajos (Craswell, 1991, pp. 377-379 y 397).

El análisis es similar respecto de la responsabilidad por productos defectuosos, aunque con un agravante. Se ha señalado que una responsabilidad de este tipo incrementa los precios que pagan ricos y pobres por los bienes y servicios, pero beneficia principalmente a los ricos. Ello es así porque los daños que sufren los ricos derivados del defecto del producto suelen ser mayores que los que padecen los pobres por la sencilla razón de que sus bienes tienen mayor valor económico[12]. Para que se comprenda fácilmente, si un estabilizador de tensión falla y daña de modo irreparable un ordenador, el daño a compensar será mayor mientras mayor sea el precio del ordenador. Así, es previsible que los ricos vayan a reclamar indemnizaciones más elevadas que los pobres y como el incremento de precio se calcula sobre el valor esperado de los daños totales, los pobres terminan subsidiando a los ricos, ya que pagan precios más elevados de los que pagarían si no existiese la responsabilidad por productos defectuosos.

11. Véase los arts. 25 y 26 de la Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a los mercados de instrumentos financieros.
12. Véase el argumento de Richard Abel (1981, p. 202) para afirmar que el derecho de daños es regresivo, pues preserva e incrementa la actual desigualdad del ingreso y la riqueza.

Responder esta objeción requiere un análisis un poco más detallado. Que los afectados por las reglas de derecho privado redistributivas sean capaces de trasladar el incremento de sus costes a los precios depende de la elasticidad-precio de la demanda, es decir, de cómo varía la cantidad consumida en un determinado mercado ante un cambio en los precios. En algunos mercados subir los precios será imposible porque el fabricante perdería prácticamente la totalidad de sus clientes. Tanto la existencia de sustitutos cercanos, como el nivel de ingreso y la porción de este que los consumidores destinan al bien o servicio, entre otros factores, afectan la elasticidad-precio de la demanda[13]. Ello hace que el traslado a precios en muchas ocasiones solo pueda ser parcial, con lo cual se preserva también parte del efecto redistributivo deseado.

Por supuesto, la incapacidad de subir el precio puede generar una reducción de la cantidad ofrecida; con todo, ello depende de la elasticidad-precio de la oferta (Véase Kennedy, 1982, pp. 605 y ss.). Los productores rara vez pueden ajustar sus cantidades con la velocidad que la objeción del traslado a precios requiere[14]. Es verdad que en el largo plazo todas las variables pueden ser modificadas y que permanecer en una actividad afectada por una responsabilidad objetiva, por ejemplo, podría resultar menos atractivo[15]. Ahora bien, el abandono de una actividad tiene sentido para el agente si la segunda actividad que podría realizar le reporta beneficios mayores, descontados los costes de transacción de cambiar de sector. Un derecho privado que ordene bien sus prioridades y objetivos intentaría cargar de modo equivalente a las distintas actividades que generen riesgos similares o que pueden incidir de manera parecida en el bienestar de los destinatarios de la redistribución. Además, el argumento antidistributivista exagera la reacción potencial de los afectados por reglas más costosas. No es imaginable que McDonalds o a Coca-Cola se planteen una reducción de su oferta o, mucho menos, el abandono del negocio de las hamburguesas o los refrescos, respectivamente, ante la instauración de una responsabilidad objetiva por productos elaborados. Eso solo puede ocurrir en un modelo económico. En el mundo real, lo más natural será intentar trasladar total o parcialmente ese coste añadido al precio del producto, entre otras alternativas que mencionaré más adelante, como la mejora en la seguridad de sus productos.

Esto nos lleva al caso más interesante, en mi opinión: aquel en el cual el aumento del precio refleja un traslado total del coste de la nueva regla redistributiva creada por el legislador. En ese caso, ¿sería verdad que no hay ningún efecto redistributivo apreciable? Esta sería una conclusión apresurada. Tomemos nuevamente el ejemplo de la garantía legal obligatoria. Es posible que los consumidores reciban de esta manera una garantía que valoran, pagando solo una pequeña suma adicional en el precio. El

13. Para una explicación de los factores que determinan la elasticidad-precio de la demanda, véase Colander, 2016, pp. 129-130.
14. Para una explicación de los factores que determinan la elasticidad-precio de la oferta, véase Dorman, 2014, p. 91.
15. Ello, aunque no es el punto que interesa aquí, podría ser eficiente. Véase Polinsky, 1980, pp. 363 y ss.

coste de la garantía, no olvidemos, quedaría dispersado entre todos los consumidores, en lugar de quedar concentrado el coste del producto estropeado en quienes tienen la mala suerte de recibir una unidad defectuosa. Este efecto redistributivo tampoco debe ser menospreciado (Keren-Paz, 2007, p. 63).

La redistribución en este caso no es de empresas a consumidores, ni tampoco de ricos a pobres. Entre los consumidores habrá algunos más privilegiados que otros, con lo cual el argumento de que la garantía perjudica a los más vulnerables todavía merece una respuesta. En mi opinión, es dudoso que el precio se incremente de manera tan significativa para los consumidores de menores ingresos, tal como lo requiere el argumento de la regresividad. La razón es la siguiente: el incremento del precio está determinado por el coste que tiene el vendedor de cumplir con la norma de garantía. Ese coste, sin embargo, no equivale al coste esperado de reemplazar *todos* los productos defectuosos, sino al coste esperado de cubrir las reclamaciones que efectivamente se presentan dentro del período cubierto. Como es obvio, no todos los consumidores que tienen derecho a la garantía la ejecutan cuando el producto resulta defectuoso. Muchos de ellos encuentran que no vale la pena el esfuerzo, o no son conscientes de que el producto aún está en garantía, o se decepcionan con el producto y deciden cambiar de marca, o bien prefieren adquirir una nueva unidad antes que enviar a reparar la defectuosa (sobre todo cuando el producto tiene cierto uso), o el tipo de defecto es solo de alguna de las funciones que el usuario no emplea demasiado, con lo cual tampoco tiene incentivos para denunciar la falla, entre otras posibilidades (Blischke & Karim & Murthy, 2011pp., 64 y ss.). Mi impresión es que los consumidores menos propensos a reclamar la garantía son los de ingresos más altos. Si esta suposición es plausible, entonces puede anticiparse que la cobertura de la garantía legal beneficia a las personas de menores recursos (que además son habitualmente más aversas al riesgo), porque ellas aprovechan en mayor medida una garantía cuyo coste es pagado entre todos los consumidores (ricos y pobres).

Por su parte, la responsabilidad por los daños derivados del defecto del producto no tiene por qué ser necesariamente regresiva. Es cierto que si el precio se incrementa para todos por igual sobre la base del daño esperado total, los pobres subsidian una especie de seguro para los ricos. De todas formas, no hay ninguna razón por la cual esa consecuencia sea inevitable para el derecho privado. Pensemos, por ejemplo, en una limitación cuantitativa de la responsabilidad por daños patrimoniales derivados del producto defectuoso. Este tipo de limitaciones son normalmente acusadas de beneficiar a las empresas (Mosset Iturraspe, 2004, pp. 235-236). Sin embargo, cuando uno contempla la posibilidad de trasladar al precio el coste de esta responsabilidad, no puede más que concluir que solo opera en beneficio de los menos aventajados. ¿Por qué? Si uno establece un límite a lo que puede reclamarse por daños patrimoniales, el precio no se incrementará en exceso por efecto del alto valor que tienen los bienes de los ricos. Eso beneficia a las personas con patrimonios más bajos. A la vez, quienes deseen protegerse contra daños mayores, podrán contratar un seguro, si es que el mercado lo ofrece. En todo caso, no estoy defendiendo la limitación cuantitativa sino solo mostrando

que el derecho privado puede incorporar una serie de herramientas a fin de superar la crítica de ineficacia. Nuevamente, la tesis es que el derecho privado *puede* contribuir en la tarea redistributiva, no que *de hecho* contribuye siempre o de la mejor manera ni, menos aun, que pueda reemplazar al derecho público en este aspecto. La participación del derecho privado en la redistribución sin duda puede requerir a veces reformas que desde otros puntos de vista nos parezcan perniciosas. El legislador deberá evaluar si la implementación del objetivo distributivo merece la pena tomando en consideración la información relevante en cada caso.

2.3. ¿Es más eficaz el derecho público?

Un último aspecto en el cual la crítica de ineficacia es poco convincente tiene que ver con que las objeciones de traslado de costes y evitación que estamos analizando no son menos importantes en el derecho tributario. También las políticas impositivas generan incentivos para trasladar costes a los consumidores, en el mismo grado en que lo hace la responsabilidad civil o cualquier otro deber proveniente del derecho privado. En efecto, los economistas saben perfectamente que quien paga el impuesto no es necesariamente la misma persona que termina soportando su peso (Colander, 2016, pp. 147-148). La estrategia crítica parece comparar el peor caso de derecho privado, aquel en el cual la redistribución es neutralizada totalmente por la evitación y la traslación de costes, con el mejor caso de derecho tributario, aquel que no distorsiona los incentivos para trabajar, ni permite a los contribuyentes eludir las actividades gravadas o repercutir el incremento del impuesto en los precios que pagan los consumidores. Esa comparación es inadecuada. Cuando se compara la versión real, no ideal, de ambos sistemas, las ventajas del derecho tributario en términos de eficacia no son tan apreciables como para descartar *ab initio* la implementación de políticas redistributivas mediante el derecho privado.

Asimismo, el derecho tributario y del gasto público enfrentan sus propias formas de ineficacia. Los gobiernos suelen confiar una gran parte de la recaudación a impuestos regresivos como el IVA, lo cual reduce el efecto redistributivo de las políticas públicas destinadas a beneficiar a los más desaventajados. En Brasil, por ejemplo, se ha estimado que una familia que cuenta con ingresos equivalentes a dos salarios mínimos paga aproximadamente el 46% de ese ingreso en impuestos indirectos; en cambio, una familia con ingresos superiores a 30 salarios mínimos, paga un 16%. Ello llevó a concluir que los programas sociales desarrollados en el marco de la estrategia *hambre cero* «están fundamentalmente financiados *por las mismas personas a las que se pretende beneficiar*, dado que el sistema impositivo regresivo limita seriamente el impacto redistributivo de los programas» (De Schutter, 2009, p. 14, énfasis añadido). A diferencia de lo que ocurre en el derecho privado, el hecho de que los costes de las políticas recaigan sobre los mismos beneficiarios neutraliza totalmente sus ventajas. En el derecho privado, hemos visto, aun cuando el coste de algunas reglas fuese pagado íntegramente por los

propios beneficiarios mediante precios más altos, el efecto redistributivo todavía sería positivo si, por ejemplo, disfrutasen de un estándar más alto de seguridad o de una probabilidad mayor de ser indemnizados por los daños que sufren.

Se ha señalado también que el derecho tributario suele ser complejo e involucra altos costes de administración (Shavell, 2004, pp. 650-651). Además, para ser un instrumento efectivo de redistribución, debe ser complementado con una estrategia de gasto público que es dependiente del ánimo político de cada momento. El derecho privado, en cambio, está mucho más cerca de la vida cotidiana de las personas (Lewinshon-Zamir, 2006, p. 360) y, por ello, si puede tener un efecto redistributivo, es de esperar que sea mucho más estable y directo que el derivado del gasto público[16]. Por otra parte, aunque en este trabajo me estoy centrando ante todo en la *re*distribución del ingreso, no puede dejar de mencionarse que respecto de algunos otros bienes el tipo de reglas que se están considerando favorecen un estado de cosas superior al que puede lograrse con el derecho público. Piénsese, por ejemplo, en la distribución de bienes inmateriales como la libertad, la seguridad, la indemnidad, el honor, el poder de negociación, la información o, fundamentalmente, la igualdad interpersonal[17]. En todos estos casos, la distribución que opera mediante el derecho público es marcadamente menos eficaz que la llevada a cabo por el derecho privado. En este sentido, la preferencia liberal de canalizar la redistribución exclusivamente a través del sistema tributario y el gasto público carece de fundamentos (Kronman, 1980, pp. 499 y 510).

3. INEFICIENCIA

En un conocido trabajo, Kaplow y Shavell han elaborado un argumento que sugiere que la redistribución mediante el derecho privado es ineficiente y que lo mejor sería dejar esta tarea a las normas del derecho tributario y del gasto público. Anticipo que en mi opinión el argumento de Kaplow y Shavell es falaz de un modo obvio, pero por la influencia que tiene en la literatura vale la pena analizarlo con cuidado. A la vez, ofrece un buen punto de partida para discutir la legitimidad de perseguir la redistribución por medio del derecho privado aunque en el camino se generasen algunas ineficiencias.

16. Como señala Kronman (1980, p. 509), el derecho público redistribuye en dos pasos: primero recolecta y luego asigna a los beneficiarios. Cuando la redistribución se instrumenta por medio del derecho privado, la redistribución se produce sin la intermediación del Estado.
17. Ciertamente, algunos de estos valores, como la libertad, pueden hasta cierto punto lograrse con reglas de derecho público, pero solo parcialmente. Por ejemplo, la libertad de contratar con otros particulares según se juzgue conveniente, de asociarse con fines privados, la potestad de reclamar una reparación a quienes nos dañan, todo ello en pie de igualdad, son aspectos importantes de la calidad de vida y solo pueden lograrse plenamente mediante el derecho privado. Algunos de estos argumentos los he presentado en Papayannis, 2016: 233 y ss.; para la versión más desarrollada de esta idea, véase Papayannis, 2021, pp. 105 y ss.

El argumento es falaz porque comete una típica petición de principio. La tesis que se propone es que «la redistribución mediante [el derecho privado] no ofrece ninguna ventaja respecto de la redistribución mediante el sistema de impuestos sobre el ingreso y es característicamente menos eficiente»[18]. Ello se debe a que ambos métodos (los impuestos y la responsabilidad) generan desincentivos equivalentes para trabajar, pero la responsabilidad civil redistributiva, a diferencia de un sistema de derecho tributario, crea ineficiencias en las actividades reguladas por esas reglas (Kaplow & Shavell, 1994, pp. 667-668). Más adelante vuelven a enfatizar que «la redistribución mediante [el derecho privado] es menos eficiente que la redistribución mediante los impuestos sobre el ingreso» (Kaplow & Shavell, 1994, p. 674). El problema es que ofrecen como *demostración informal* de esta conclusión la siguiente afirmación: «para cualquier régimen que incluya una regla jurídica ineficiente (en particular, una destinada a contribuir en la consecución de una meta redistributiva), existe un régimen alternativo que incluye una regla eficiente y un sistema modificado de impuestos sobre el ingreso en el cual todos los individuos están mejor» (Kaplow & Shavell, 1994, p. 669).

Se trata de una petición de principio porque Kaplow y Shavell solo afirman que una regla de derecho privado redistributiva *e ineficiente* es peor en términos de *eficiencia* que otra regla de derecho privado *eficiente* combinada con un impuesto redistributivo (siempre que el impuesto también sea *eficiente*, claro). Evidentemente, cualquier regla jurídica (provenga del derecho privado o del derecho público) es peor si es redistributiva e ineficiente que si es redistributiva y eficiente, lo que equivale a afirmar que las reglas ineficientes son peores (entiéndase, menos eficientes) que las reglas eficientes. El argumento es decepcionante, porque lo que prometía demostrarse es que *siempre* el derecho privado redistributivo genera ineficiencias. Por descontado, esto no puede demostrarse incluyendo la ineficiencia de la regla redistributiva como parte de las premisas[19].

3.1. Redistribución y reglas del derecho privado eficientes

Podría dudarse, tal vez, que existan reglas de derecho privado redistributivas y eficientes, sobre todo en el ámbito de la responsabilidad extracontractual y los contratos. La intuición detrás de esto es que un sistema que asigne los deberes de precaución y de reparación, aunque sea solo en ocasiones, sobre la base de la necesidad de una de las partes involucradas tendrá costes totales más altos que uno que los asigne en función de la capacidad de evitación de daños. Asimismo, la imposición de términos contractuales

18. Kaplow & Shavell, 1994, p. 667.
19. En un artículo posterior, motivados por las críticas presentadas por Sanchirico (2000), Kaplow y Shavell (2000, p. 827) admitieron más explícitamente que las reglas jurídicas pueden ayudar a que el sistema de impuestos funcione mejor, por ejemplo, desincentivando actividades de ocio y, como contracara, reforzando los incentivos al trabajo sobre el cual se aplica el impuesto al ingreso. Sin embargo, la redistribución eficiente siempre se lleva adelante mediante el derecho público.

normalmente supondrá un alejamiento de la optimalidad paretiana. De ser correctas estas intuiciones, el argumento de Kaplow y Shavell mantendría su fuerza.

Para despejar esta duda, pensemos el siguiente ejemplo. Olympia es la fabricante de un producto que puede causar a Cleo, que es parte de un grupo desaventajado, un daño de 1.000. Si no se toman medidas, la probabilidad de daño es de 0,01 y puede ser reducida a 0,004 si se invierte 5 en precauciones. Estas precauciones están disponibles tanto para Olympia como para Cleo. Con estos números, es eficiente que *alguien* adopte precauciones porque el daño esperado de 10 puede ser reducido a 4, incurriendo en un coste de 5. Siendo que este coste es idéntico para Olympia y Cleo, ¿incumple Olympia su deber de diligencia en caso de omitir las precauciones? Esto no es claro, puesto que Cleo estaba en la misma posición que Olympia para tomar precauciones eficientes. Carece de sentido que ambas adopten precauciones, porque entonces se reduce el daño esperado de 10 a 4, a un coste de 10. Se gasta en precauciones más de lo que se obtiene de beneficios en términos de la reducción de daños. La regla eficiente, no obstante, podría requerir que se imponga ese deber de diligencia a Olympia.

Para ver por qué, supongamos además que los costes de producir el bien ascienden a 20 por unidad, lo que incluye los costes de la diligencia para no dañar a los clientes, pero no a los terceros como Cleo. En un mercado competitivo, el precio del bien también será de 20. Supongamos que hay 5 clientes con las siguientes valoraciones, lo que determina su disposición a pagar:

Tabla 1

Cliente	**Valoración**	**Precio**	**Excedente del consumidor**	**Precauciones de Cleo**	**Daño esperado para Cleo**	**Excedente**
Axileas	80	20	60	–5	–4	51
Xenofonte	40	20	20	–5	–4	11
Perséfone	35	20	15	–5	–4	6
Ariadna	30	20	10	–5	–4	1
Teseo	22	20	2	–5	–4	–7
Total	207	100	107	–25	–20	**62**

Con estos valores, es ineficiente que Teseo adquiera el producto. Si Olympia no tiene un deber de diligencia respecto de Cleo, el precio será de 20. Como Teseo valora el bien en 22, lo comprará. Habrá un exceso de producción, en tanto el análisis marginal indica que la venta a Teseo reduce el bienestar social en 7. Obtiene una satisfacción neta de 2, pero impone a Cleo costes de diligencia por 5 y unos daños esperados de 4. En cambio, si Olympia tuviese un deber de diligencia respecto de Cleo, aquella tomaría precauciones y subiría los precios a 25. A este precio, Teseo dejará de consumir el producto (pues lo valora solo 22), con lo cual la regla es eficiente. A la vez, tiene resultados redistributivos claros respecto de Cleo. Ella goza del mismo nivel de seguridad que

antes, sin tener que invertir 5 en precauciones por cada unidad comerciada. Todavía deberá tolerar una probabilidad 0,004 de sufrir daños por 1.000, pero este daño, en el ejemplo, es económicamente inevitable, pues no hay más medidas que puedan reducirlo a coste razonable[20]. En la siguiente tabla puede observarse cómo la nueva regla tiene un efecto redistributivo claro respecto de Cleo y además genera un excedente social mayor que la anterior:

Tabla 2

Cliente	**Valoración**	**Precio**	**Excedente del consumidor**	**Precauciones de Cleo**	**Daño esperado para Cleo**	**Excedente social**
Axileas	80	25	55	0	–4	51
Xenofonte	40	25	15	0	–4	11
Perséfone	35	25	10	0	–4	6
Ariadna	30	25	5	0	–4	1
Total	185	100	85	0	–16	**69**

Nótese que la salida de Teseo del mercado es eficiente, en tanto incrementa el excedente social. Como ya señalé, el exceso de actividad por parte de la empresa ha sido corregido por la regla de diligencia. Además, la mejora de Cleo se explica por el aumento del precio y la consecuente reducción del excedente de los consumidores. Si el legislador quisiese lograr un efecto redistributivo todavía más significativo, podría implementar una responsabilidad objetiva. En este caso, Olympia deberá indemnizar incluso los daños que se produzcan cuando cumple con su deber de diligencia. Por supuesto, Olympia también trasladaría el coste de esta responsabilidad al precio, que quedaría en 29. Tanto la regla de culpa como la de responsabilidad objetiva liberan a Cleo del deber de tomar precauciones de 5 (lo que implica un traslado inicial de esa carga hacia Olympia), pero la regla de responsabilidad objetiva además traslada de Cleo a los consumidores los 4 euros de daños esperados que el fabricante asumirá en forma de indemnización. La cantidad consumida no se ve afectada en el ejemplo, ni el bienestar social (pues el excedente se mantiene en 69), mas existe una redistribución en la riqueza de las partes:

20. Una regla jurídica no puede ser eficiente si exige adoptar precauciones que tienen un coste mayor que el valor del daño que ellas evitarían. Esto es consistente con la conocida fórmula de Hand. Para una explicación detallada, véase Papayannis, 2009, pp. 157 y ss.

Tabla 3

Cliente	Valoración	Precio	Excedente del consumidor	Precauciones de Cleo	Daño esperado para Cleo	Excedente social
Axileas	80	29	51	0	0	51
Xenofonte	40	29	11	0	0	11
Perséfone	35	29	6	0	0	6
Ariadna	30	29	1	0	0	1
Total	185	116	69	0	0	**69**

Este ejercicio muestra que es posible que haya *varias reglas igualmente eficientes* que además logren distintos grados de redistribución de la riqueza. Para que quede claro, debe enfatizarse que en este ejemplo Cleo se encuentra beneficiada por la responsabilidad objetiva de dos maneras: primero, dado que la responsabilidad objetiva incentiva al productor a tomar diligencias óptimas, Cleo disfruta del mismo nivel de seguridad que antes, sin necesidad de invertir parte de su ingreso en precauciones. En segundo lugar, la responsabilidad objetiva libera a Cleo del daño residual, aquel que no puede ser evitado tomando precauciones óptimas. En cualquier caso, su capacidad de consumo es mucho mayor cuando está protegida por la responsabilidad objetiva que cuando lo está por la regla de culpa y, a la vez, esta última regla le beneficia respecto de la regla de no responsabilidad que, en este ejemplo, era ineficiente[21].

3.2. ¿Se justifica la redistribución mediante reglas ineficientes?

Pero ¿qué ocurriría si a Olympia le costase 10 tomar las precauciones, mientras que a Cleo le costase solo 5? En ese caso, el deber de diligencia a cargo del fabricante mantendría su carácter redistributivo aunque acarrearía un desperdicio de recursos. Si bien una regla de culpa complementada con una simple excepción de culpa de la víctima sería capaz de evitar este resultado, también nos privaría del efecto redistributivo. Esto, según el argumento tradicional, no es malo en absoluto porque la riqueza preservada con la regla eficiente puede ser objeto de tributación y redistribución mediante una buena política de gasto público. La idea de Kaplow y Shavell es que una política redistributiva implementada mediante reglas ineficientes del derecho privado destruye la riqueza que de otro modo podríamos gravar y destinar a mejorar la situación de los sectores desaventajados. Por ello, el objetivo de redistribuir mediante el derecho privado conspira contra sus propias aspiraciones (Kaplow & Shavell, 1994, p. 668).

En este punto, dado que se ha mostrado que puede haber reglas de derecho privado redistributivas y eficientes, debe matizarse la posición económica. En una mejor

21. Sobre los efectos de las diversas reglas de responsabilidad, véase en general Papayannis, 2014b.

versión afirmaría que es insensato utilizar el derecho privado para redistribuir *cuando* ese objetivo puede lograrse *solo* con reglas ineficientes. Pese a todo, esta formulación tampoco es suficientemente plausible. La discusión sobre si debe prevalecer la justicia distributiva o la eficiencia es ya clásica en la filosofía política; y no puede darse por vencedora a la eficiencia después de que incluso quienes con mayor ahínco la han defendido han reconocido que la riqueza no tiene valor intrínseco, sino solo instrumental[22]. En atención a esto, la eficiencia no puede funcionar como un veto absoluto para la redistribución[23]. Podría objetarse, no obstante, que las reglas de derecho privado persigan la justicia distributiva cuando *exista otro mecanismo* alternativo para conseguir el mismo grado de redistribución sin destruir la riqueza.

Esta última recomendación creo que tiene sentido. Mas es insuficiente para vetar *en el mundo real* la participación del derecho privado en las políticas redistributivas. Evidentemente, sería poco inteligente estropear un derecho privado que funciona correctamente para lograr objetivos redistributivos que pueden alcanzarse de mejor manera mediante el derecho público. Así las cosas, corresponde indagar dos cuestiones: (1) ¿es el derecho de daños *de hecho* eficiente?; y (2) ¿puede el derecho público redistribuir con igual eficacia que el derecho privado y a menor coste?

Respeto de lo primero, si el derecho privado real no fuese de hecho eficiente, la supuesta pérdida de eficiencia debido a la implementación de políticas redistributivas debería ser mostrada en cada caso concreto y, aun existiendo, como sugiere Keren-Paz (2007, p. 70) las pérdidas serían menos importantes de lo que el argumento tradicional sugiere. En efecto, si en un supuesto concreto el derecho privado estuviese afectado por alguna ineficiencia, entonces, tal vez pueda reemplazarse *esa* ineficiencia por *otra* que tenga consecuencias redistributivas más deseables. En relación con lo segundo, si el derecho público fuese menos eficaz o implicase costes similares (o más altos) que el derecho privado, tampoco habría una razón concluyente para descartar la participación de este último en la tarea redistributiva. A continuación abordaré la primera cuestión y dejaré la segunda para el apartado 3.4.

Hay un conjunto de razones para pensar que el derecho de daños no puede ser nunca eficiente en el mundo real. Una razón general es que el logro de la eficiencia requiere que los individuos sean absolutamente *racionales*, estén perfectamente *informados* respecto del nivel de riesgo que enfrentan y de las medidas que pueden evitar los daños a un coste razonable, y que tengan una *voluntad* férrea ante las tentaciones de omitir precauciones óptimas a fin de ahorrarse sus costes (Jolls & Sunstein & Thaler, 1998, pp. 1475-1478, 1487 y 1498). Pero aun considerando que los individuos sean medianamente racionales, estén relativamente informados y tengan alguna fuerza de voluntad para cumplir con sus deberes, el derecho de daños tiene ciertas falencias que

22. Para este debate puede consultarse, entre otros, Posner, 1979; Calabresi, 1980; Dworkin, 1980a, 1980b; Posner, 1985.
23. Curiosamente, Calabresi (1970, pp. 24-25) defendió el orden inverso: es la justicia lo que funciona como un veto para la eficiencia.

son bien conocidas por los juristas y que atentan contra la minimización del coste de los accidentes.

En particular, existe indeterminación de los estándares de diligencia, por lo tanto hay incertidumbre sobre las precauciones jurídicamente exigibles. Esto llevará a algunos agentes a tomar precauciones excesivas y a otros a tomar precauciones insuficientes[24]. También existen errores de cuantificación del daño que comportan consecuencias análogas. Si un daño grave es cuantificado como de escasa entidad, entonces, los agentes tomarán menos medidas para evitarlos. En cambio, si un daño nimio es cuantificado como de gran envergadura, entonces, los agentes tomarán más medidas que las óptimas para evitar responsabilidades excesivas (e injustas). En todos estos casos, los resultados son subóptimos (Cooter, 1991, p. 13; Shavell, 2007, p. 165). Por otra parte, en ciertas actividades, la conducta del agente dañador no es fácilmente observable. Ello significa que el agente carecerá de incentivos para tomar algunas precauciones justificadas por sus costes simplemente porque no podrá ser juzgado negligente *por* esa omisión (Shavell, 1987, pp. 79-83). Finalmente, algunas personas son aversas al riesgo y, en consecuencia, incurrirán en más precauciones que las óptimas a efectos de evitar responsabilidades (cuando se trata de agentes dañadores) o daños residuales (cuando se trata de las víctimas) (Shavell, 1982, p. 121; Shavell, 2007, p. 149).

Supongamos ahora que un daño de 10.000, que tiene una probabilidad de ocurrencia de 0,2, puede ser evitado si la víctima invierte en precauciones, tal como indica la siguiente tabla. Ella tiene a su disposición tres niveles de precaución (x) diferentes, con distintos costes.

Tabla 4

	Costes de las precauciones	**Probabilidad de daño**	**Daño esperado**	**Costes sociales**
x_0	0	0,2	2.000	2.000
x_1	100	0,08	800	900
x_2	300	0,04	400	700
x_3	750	0,015	150	900

El nivel de precaución óptimo es x_2, porque minimiza el coste social. Reduce el daño esperado de 800 a 400 a un coste marginal de 200 (que es lo que cuesta pasar de x_1 a x_2). Por su parte, x_3 es un nivel de precaución ineficientemente alto, puesto que pasar a x_3 cuesta 450 y solo se reduce el daño esperado en 250. Lo deseable, entonces, es que la víctima adopte precauciones de 300 (x_2). Sin embargo, imaginemos que la inmensa mayoría de las potenciales víctimas son pobres. Digamos que tienen un ingreso de 1.000 y que, aunque están dispuestas a invertir 100 para reducir los riesgos de 0,2 a 0,08, prefieren afrontar los riesgos de 0,08 en lugar de reducirlos a 0,04 tomando x_2 porque

24. Calfee & Craswell, 1984, pp. 978-984; Schäfer & Müller-Langer, 2009, pp. 13-14.

pasar al nivel siguiente de precaución supondría gastarse 300, que equivale a un 30% de su ingreso y, podemos intuir, tienen otras necesidades más urgentes. Después de todo, el gasto en precauciones tiene un impacto cierto en su ingreso, mientras que el daño es experimentado como meramente probable; por ello, la inversión en seguridad es vista como algo más cercano a un bien de lujo que a una necesidad básica. En esas condiciones, maximizan su bienestar ahorrando parte de las precauciones que valdría la pena tomar a efectos de minimizar los costes sociales. Por consiguiente, el resultado es ineficiente, en tanto se verifica una subinversión en diligencia. Las víctimas tomarán x_1 y los costes sociales serán de 900 (cuando lo óptimo sería que tomen x_2, pues los costes sociales descenderían a 700, que es el mínimo posible).

Ahora imaginemos que, alternativamente, las mismas precauciones pueden ser adoptadas por los agentes dañadores, pero a un coste mayor, como indica la siguiente tabla:

Tabla 5

	Costes de las precauciones	**Probabilidad de daño**	**Daño esperado**	**Costes sociales**
x_0	0	0,2	2.000	2.000
x_1	300	0,08	800	1.100
x_2	500	0,04	400	900
x_3	950	0,015	150	1.100

Con estos valores, si el agente fuese responsabilizado objetivamente, tomaría x_2, pues ello reduce sus indemnizaciones esperadas de 800 a 400 a un coste marginal de 200 (la diferencia entre lo que cuesta adoptar x_1 y lo que cuesta adoptar x_2). ¿Es este resultado eficiente? Claramente la situación supone un dispendio de recursos porque x_2 puede ser alcanzado a un coste de 300 por la víctima (véase la tabla 4) y la responsabilidad objetiva incentiva al agente a gastar 500 para lograr el mismo nivel de seguridad. Sin embargo, la nueva situación bajo la regla de responsabilidad objetiva *no es más ineficiente que la anterior, y logra un resultado distributivo mucho más deseable*. En ambos escenarios, los costes sociales son de 900, pero a diferencia de lo que ocurre con la regla de culpa, las víctimas disfrutan un nivel de seguridad mayor y son liberadas de los daños residuales que, bajo la responsabilidad objetiva, les son compensados aunque no puedan ser evitados a coste razonable.

Hasta aquí, he intentado fundamentar dos ideas. La primera es que el derecho privado *puede* redistribuir sin generar ineficiencias. La segunda es que, aun si el derecho privado redistributivo generase ineficiencias, la comparación debe realizarse respecto del mundo real en el cual el derecho privado no logra ser eficiente. Una vez que se relajan los presupuestos de los modelos formales, advertiremos que muchas veces la verdadera disyuntiva consiste en escoger el tipo de ineficiencia que se terminará concretando.

Si evitar toda ineficiencia es imposible, la idea de priorizar a los más desaventajados mediante reglas de derecho privado ineficientes deja de ser escandalosa.

3.3. Redistribución entre agentes del mercado y su impacto sobre la eficiencia

En el argumento precedente he asumido que las víctimas no son clientes de los agentes dañadores. ¿Qué ocurre en caso contrario? ¿No es esperable que las reglas que imponen términos obligatorios a las partes, como las garantías mínimas, puedan introducir ineficiencias en el mercado? Ciertamente es posible, aunque no necesario, que esto ocurra. La idea es que, si algún término contractual es valorado por los consumidores, el mercado se encargará de ofrecerlo. La intervención, en cambio, siempre acarrea un riesgo de ineficiencia.

A veces, estas medidas logran el efecto redistributivo deseado, porque el beneficio concedido legalmente no puede ser trasladado total o parcialmente al precio y, además, la cantidad de los bienes producidos no se reduce dada la forma de la curva de oferta[25]; pero otras veces el efecto redistributivo puede ser por completo ineficaz y el grupo de los consumidores puede verse en general perjudicado. Esto último ocurriría en un caso como el siguiente:

Imaginemos un producto que se ofrece a un precio de 20 y que está afectado por una probabilidad de 0,25 de fallar y tener que ser reemplazado. Siguiendo una convención usual (Shavell, 1987, p. 52), diremos que el *precio total percibido* por el consumidor es de 25 (20 que paga explícitamente y 5 que tolera en forma de daño esperado). Supongamos que el legislador desea liberar de ese riesgo al consumidor e impone una garantía legal que al fabricante cuesta 10 de satisfacer, una vez computados los costes de reemplazar las unidades defectuosas y de gestionar cada reclamo. Supongamos, por otra parte, que la empresa solo puede trasladar al precio 7 de los 10 que cuesta la garantía. Una vez que entra en vigor la garantía obligatoria, el nuevo precio es de 27. Un consumidor que estuviese dispuesto a pagar un máximo de 26 no lo compraría al nuevo precio, aunque sí lo hubiese comprado antes del cambio normativo a un precio total de 25. El producto le reportaba 1 de excedente, pero con la garantía obligatoria deja de ser globalmente beneficioso para él, ya que supera lo que está dispuesto a pagar (tal vez, porque no puede pagar más). Al quedar fuera del mercado, obviamente ya no recibe los supuestos beneficios de la redistribución.

La cuestión es todavía más grave de lo que sugiere el ejemplo, ya que el resto de los consumidores que valoran el producto en al menos 27 también han visto empeorada

25. Un buen ejemplo de oferta inelástica en *el corto plazo* es la vivienda de alquiler. La cantidad de pisos disponibles en una ciudad es fija, y una medida que imponga un coste adicional sobre los propietarios difícilmente hará que ellos encuentren más beneficioso retirarla del mercado antes que alquilarla obteniendo una ganancia menor. En casos como este, el precio depende exclusivamente de la demanda. Véase Pindyck & Rubinfeld, 2013, p. 544.

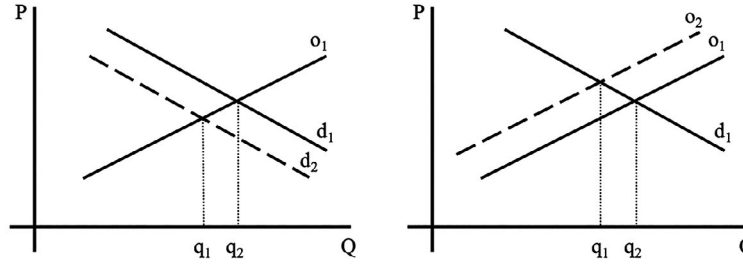
su situación por la garantía ineficiente que el legislador ha creado. Un consumidor que valora el bien en 35, digamos, preferirá asumir los riesgos de defecto del producto antes que pagar un precio de 27. Para ver por qué, compárese cuáles son sus costes y beneficios en un mundo con garantía y en un mundo previo en el cual no existe la garantía. Sin garantía, su excedente es de 10, ya que valora el bien en 35 y asume un precio total de 25; con garantía, el excedente se reduce a 8, ya que el nuevo precio es de 27.

Richard Craswell ha afirmado, en esta línea, que la imposibilidad de trasladar el coste de la garantía al precio más que garantizar un efecto redistributivo positivo, sugiere que la garantía empeora el bienestar de los consumidores. Ello es así porque si la garantía fuese beneficiosa, aumentaría la disposición a pagar por el producto, en tanto que el par «producto + garantía» sería más atractivo que el producto sin garantía. Por tanto, sería irrelevante que el coste de la garantía se trasladase íntegramente al precio. El bienestar del consumidor mejoraría de todas maneras dado que el mercado le ofrecería un bien que valora suficientemente como para estar dispuesto a pagar sus costes de producción (Craswell, 1991, pp. 397-398).

El análisis de Craswell es fundamental para comprender que los beneficios para el consumidor no pueden depender exclusivamente de si los costes de las garantías o de la diligencia adicional les son trasladados o no. El punto es correcto. En un mercado de competencia perfecta, la imposibilidad de trasladar a precios sería un indicio fuerte de que la medida más que redistribuir a favor de los consumidores los perjudica. Pero, como el mismo Craswell explica, cuando los consumidores tienen información imperfecta respecto de la calidad de los productos o los riesgos que ellos entrañan, las garantías pueden ser funcionales al logro de resultados eficientes (Craswell, 1991, p. 396). Es decir, si consideramos los habituales contextos de información asimétrica, la garantía legal no solo podría redistribuir a favor del consumidor, sino que también podría promover la eficiencia haciendo que algunos consumidores dejen de comprar productos que no valoraban correctamente. Además, la garantía puede desempeñar otras funciones económicas, como la paulatina expulsión de los productores de baja calidad, la señalización, la protección de los consumidores aversos al riesgo y la obtención de información para mejorar la seguridad de los productos a futuro. Veamos cada una por separado.

Respecto del exceso de demanda, si el consumidor carece de información precisa sobre la peligrosidad del producto, es probable que compre una cantidad mayor de la eficiente, pues al no contabilizar los daños esperados que enfrenta lo juzga mejor de lo que en realidad es. La garantía legal soluciona este problema porque al incrementar el precio del bien en cuestión, se reduce la demanda del mismo modo en que se reduciría si el consumidor recibiese la información correcta sobre el riesgo del producto Craswell, 1991, p. 396). Obsérvese el gráfico de la izquierda más abajo. La curva d_1 representa la valoración del consumidor y la curva o_1 la oferta. La cantidad de equilibrio es q_2. Si el consumidor conociese los riesgos reales del producto, entonces, su disposición a pagar disminuiría exactamente en relación con la magnitud del daño esperado, lo cual se representa con un desplazamiento de la curva de demanda hacia d_2. Esta segunda

curva muestra que para cada cantidad, el consumidor valora el producto menos que con información imperfecta. La cantidad de equilibrio ahora es q_1. Como no hay información precisa, la curva d_1 determina que se consuma una cantidad mayor que la óptima. La garantía legal, por su parte, incrementa el precio del producto, tal como puede apreciarse en el gráfico de la derecha. Esto genera un desplazamiento de la curva de oferta hacia o_2, en la que por cada unidad se pide un precio más alto que en o_1. Por lo tanto, la garantía legal corrige el exceso de demanda limitando la cantidad adquirida a q_1, que es la cantidad eficiente.



Por otra parte, la garantía obligatoria tenderá a excluir gradualmente a los fabricantes que no logran alcanzar los estándares de calidad y seguridad legalmente establecidos. La garantía impondrá un coste adicional al productor y él lo trasladará total o parcialmente al precio. El fabricante de alta calidad incrementará el precio en menor medida que el fabricante de un producto de baja calidad. Ello es así porque, como su producto falla menos veces, el primero cargará con costes más bajos derivados del deber de reemplazar las unidades defectuosas. De esta forma, los fabricantes de mala calidad irán abandonando paulatinamente el mercado (Irigoyen Testa, 2019, pp. 195 y ss.).

Asimismo, la garantía obligatoria fija un marco de referencia importante que los fabricantes pueden emplear para diferenciar su producto. Si la garantía obligatoria es de seis meses y un fabricante ofrece una garantía de dos años, cobrando el mismo precio, o uno ligeramente superior al de sus competidores, está enviando al mercado una señal contundente de que su producto alcanza un estándar de calidad más alto. Por un razonamiento análogo al expuesto en el párrafo anterior, esta conducta no puede ser imitada por los fabricantes de productos de calidad inferior, ya que al tener que hacer frente a las garantías legales, si su tasa de deterioro es mayor (porque sus productos son de peor calidad), en poco tiempo se arruinaría[26].

También la garantía, como ya se mencionó, sirve como un seguro para los consumidores aversos al riesgo. Un consumidor averso al riesgo podría preferir un incremento de precio en el producto superior al valor esperado de la pérdida que enfrenta. Supongamos que el producto, como antes, enfrenta una probabilidad de 0,25 de estropearse. El

26. Sobre la señalización, véase Coloma, 2001, pp. 137-140.

precio total era de 20 (precio explícito) más 5 de pérdida esperada, es decir, 25. Algunos consumidores podrían preferir pagar un precio explícito de 26 que incluya una garantía legal por defecto del producto. Ello es así porque la desutilidad que experimentan por una pérdida de 20 con una probabilidad de 0,25 es mayor que la que sufren con una pérdida cierta de 6. Por cierto, en los mercados en que los consumidores son muy heterogéneos en cuanto a su actitud ante el riesgo, una garantía obligatoria demasiado amplia reduciría la utilidad de muchos de ellos, en particular, de aquellos neutrales o amantes del riesgo. En este sentido, las garantías obligatorias deberían ser parciales, limitadas en el tiempo y en su cobertura. Quedaría en manos del mercado la posibilidad de desarrollar garantías adicionales, de modo que cada consumidor la compre o no según su actitud ante el riesgo[27].

Por último, y sumamente importante, la garantía legal es una fuente invaluable de información sobre la calidad y la confiabilidad del producto. Esto permite contar con una base sólida para decidir qué mejoras técnicas (sean estas inherentes al propio producto, a su diseño, modo comercialización o uso recomendado) se introducirán a efectos de una mejor performance (Blischke & Karim & Murhty, 2011, pp. 35 y ss.). De igual forma, es posible que durante la recogida de datos se descubra que el producto tiene una calidad mayor que la esperada. Esto es muy positivo para los fabricantes porque les abre nuevas posibilidades de *marketing*; como se comentó hace un momento, podrían lanzar una señal a los consumidores extendiendo el período de garantía más allá del legalmente obligatorio (*Ibídem*, 2011, p. 9.), o podrían decantarse por una estrategia más agresiva consistente en mejorar los precios, pues ahora saben que sus costes de reemplazar las unidades defectuosas serán más bajos que lo inicialmente previsto.

Más allá de las ventajas para los fabricantes en términos de su posicionamiento en el mercado, me interesa resaltar la importancia de la información para mejorar la calidad y la seguridad de los productos. En este sentido, la garantía legal es susceptible del mismo análisis que la responsabilidad objetiva. De hecho, la garantía *es* una responsabilidad objetiva por el deterioro del producto dentro del plazo legalmente establecido. Como se sabe, bajo la regla de responsabilidad objetiva, los agentes intentarán minimizar sus costes totales y para ello no solo observarán (al menor coste posible) los estándares de diligencia exigibles, sino que también buscarán reducir el coste esperado de reemplazar las unidades defectuosas[28]. Así, invertirán en obtener información valiosa sobre cómo mejorar la calidad del producto, lo cual es bueno desde el punto de la eficiencia, en tanto a la postre el mercado estará surtido de mejores productos a más bajo precio. Lo interesante es que este incentivo para mejorar los productos se genera con independencia de que los fabricantes puedan trasladar totalmente los costes de la garantía a los precios.

27. Véase Priest, 1981, p. 1317-1318; una modelización de estos problemas puede consultarse en Wehrt, 2011, pp. 257-259.
28. Sobre la incidencia de la responsabilidad objetiva en la decisión de invertir en investigación y desarrollo, véase Calabresi & Klevorick, 1985, p. 625; y Shavell, 1992, p. 263.

Hay que tener presente que la información que se recibe en el proceso de recepción, examen y eventual recambio del producto es necesariamente incompleta, por varias razones. En primer lugar, solo se recaba información de productos que resultan defectuosos, cuando lo óptimo sería también poder observar el desempeño del producto no defectuoso en manos de distintos tipos de consumidores. Además, la información se limita a los productos que fallan dentro del plazo de garantía, lo que excluye a aquellos que fallan un día más tarde. Por otra parte, como ya mencioné, dentro de este plazo tampoco reclaman todos los consumidores que tienen derecho a hacerlo, con lo cual la muestra de la cual se extrae la información es todavía más reducida. Por último, deben considerarse las demoras y los errores en la transmisión de la información. Muchas veces, el defecto preciso del producto queda mal registrado por los operadores encargados de gestionar la ejecución de la garantía o es mal reportado por el consumidor (Blischke & Karim & Murhty, 2011, pp. 12 y 72); también ocurre que las propias empresas desconocen el volumen total de ventas en un período dado. Saben cuántos productos salieron de sus depósitos, pero no cuántos están efectivamente en manos de consumidores. Sin ese dato, resulta difícil estimar la confiabilidad del producto o el coste total de ofrecer la garantía, simplemente porque no se puede saber con precisión qué porcentaje de productos fallan (Suzuki & Karim & Wang, 2001, p. 594).

Esto podría plantear dudas respecto de los beneficios que he descrito en términos de eficiencia. Es más, si la redistribución es eficaz en parte porque algunos consumidores no reclaman y ello beneficia a los de bajos ingresos, tal como argumenté en el apartado 2.2, parece que hay una tensión entre los argumentos de eficacia y eficiencia. La eficacia de la garantía para redistribuir depende de que algunos no reclamen, y la eficiencia requiere que se cuente con la máxima información posible sobre el defecto, lo cual se alcanza cuando todos reclaman. Esta tensión es solo aparente y no debe inquietarnos demasiado, por tres razones. La primera es que el argumento redistributivo solo se ve potenciado por el hecho de que no todos los consumidores reclamen, mas esta no es una condición necesaria de la redistribución, sino que solo influye en su grado de consecución. La segunda es que existen diversas técnicas estadísticas para trabajar con información incompleta. Según cuál sea el dato ausente, hay maneras de calcular la confiabilidad del producto con mayor o menor aproximación[29]. La tercera razón es que la información incompleta es todavía información valiosa. Si hay información que sería importante tener, pero implementar mecanismos para obtenerla tiene costes prohibitivos, entonces, el cálculo de eficiencia debe realizarse en relación con la información accesible a coste razonable (Calabresi, 1991, pp. 1216-1221). La preocupación por la real confiabilidad del producto nos impulsa a refinar los métodos de recolección de datos, pero el carácter incompleto de la información que se obtiene en los reclamos dentro del plazo de garantía no es óbice para reconocer que ella es de todos modos útil

29. Véase, en general, las distintas soluciones expuestas en Suzuki & Karim & Wang (2001), con abundante bibliografía sobre el tema.

para mejorar la calidad del producto, su seguridad y/o su modo de comercialización. En ese sentido, la información de que se dispone contribuye a lograr un resultado eficiente, en la medida en que no sea posible completarla a coste razonable.

3.4. ¿Es más eficiente el derecho público?

Para finalizar esta extensa sección, veamos si el derecho público puede ser eficiente. Kaplow y Shavell han desarrollado la conocida tesis de la *doble distorsión*, conforme con la cual tanto los impuestos como la responsabilidad civil generan los mismos desincentivos para trabajar, pero la responsabilidad civil redistributiva adiciona ineficiencias propias en las actividades que regula. Esto último, he intentado mostrar que no es cierto, puesto que el derecho privado puede ser redistributivo y eficiente en un buen rango de casos[30]. Ahora bien, más allá de la supuesta doble distorsión, ¿cuán plausible es asumir que el derecho tributario es necesariamente más eficiente en la tarea redistributiva que el derecho privado? Para ello, el derecho público debería ser siempre menos costoso de administrar y, además, debería preservar los incentivos para trabajar en mayor medida. Ninguna de estas condiciones puede garantizarse en el mundo real.

En cuanto a los costes de administración, Shavell sostiene que en los Estados Unidos el sistema tributario consume probablemente más del 5% de cada dólar recaudado (Shavell, 2004, p. 657). En cambio, los costes de administrar un sistema de responsabilidad civil son mucho mayores: por cada dólar transferido a las víctimas se gasta un dólar o más en costes de litigio y acuerdos extrajudiciales (Shavell, 2007, p. 151). Esta comparación, sin embargo, no es la relevante, por varias razones. En primer lugar, el 5% de la recaudación todavía no dice nada sobre cuánto cuesta *transferir* ese dinero a los pobres, y qué eficacia hay en esa transferencia. Solo mide el coste de *recaudar* impuestos, no de redistribuir el ingreso. En segundo lugar, el sistema de responsabilidad civil no solo redistribuye cuando transfiere dinero a las víctimas, sino también cuando evita que ciertos accidentes ocurran porque brinda los incentivos correctos para proteger a los más desaventajados, tal como se explicó en el apartado 2.1. Por lo demás, el coste de *gestionar* un sistema de responsabilidad civil, que es por cierto muy elevado, no puede ser computado como el coste de *redistribuir* mediante el derecho privado. Para saber cuánto cuesta realmente la redistribución, debería compararse el coste de decidir los casos con las reglas tradicionales y el coste de decidirlos bajo reglas redistributivas, sumando también las posibles ineficiencias que la nueva regla redistributiva eventualmente pueda acarrear[31]. Shavell no aporta ningún dato en ese sentido. Pese a todo, es

30. En lo que hace al argumento de la doble distorsión específicamente, Usher (2009: 3 y ss.) ha explicado que solo es válido para un número muy reducido de lo que se conoce como normas jurídicas redistributivas.

31. Es decir, el argumento solo se sostiene si el coste de administrar el derecho privado tradicional (C_{DPT}) es menor que el de administrar el derecho privado redistributivo (C_{DPR}), pero no hay evidencia alguna de que esto sea así. Ahora bien, asumiendo que este fuera el caso, el verdadero coste de la redistribución

fácil ver que el carácter redistributivo de una regla de derecho privado no tiene por qué impactar en sus costes de administración. Pensemos en una regla redistributiva e ineficiente, por ser el caso más favorable a las tesis que estoy debatiendo. Para incrementar los costes de administración, la regla debería generar más litigios o bien resultar más costosa de implementar caso a caso. Ninguno de estos efectos puede predecirse sin más del hecho de que una regla sea redistributiva[32].

Imaginemos una regla que impone un estándar de diligencia ineficientemente elevado para beneficiar a las potenciales víctimas. Supongamos otra vez que el agente puede controlar la probabilidad de un daño de 10.000 con distintas medidas de precaución, tal como muestra la siguiente tabla:

Tabla 6

	Costes de las precauciones	**Probabilidad de daño**	**Daño esperado**	**Costes sociales**
x_0	0	0,2	2.000	2.000
x_1	100	0,08	800	900
x_2	250	0,04	400	650
x_3	550	0,015	150	700

En este caso, lo óptimo es que el agente invierta en x_2, pues así se minimizan los costes totales. Si el legislador impone un estándar más elevado como x_3, se reduce el daño residual que sufrirá la víctima de 400 a 150, es decir que la víctima obtiene un beneficio de 250, pero para lograr este efecto distributivo el agente debe invertir adicionalmente 300. La regla es ineficiente y redistributiva. ¿Cómo actuará el agente dañador bajo el imperio de esa regla? Con cualquier medida inferior a x_3 será considerado negligente y deberá indemnizar a la víctima. Sus costes se minimizan invirtiendo 550 en x_3 antes que adoptando x_2, que tiene un coste de 250 más una indemnización esperada de 400, o x_1 que tiene un coste de 100 y una indemnización esperada de 800. La regla logra sus efectos redistributivos generando una ineficiencia, pero no hay razón para pensar que incrementará los costes de administración más que una regla que exigiese x_2. No habrá más litigios con esa regla redistributiva que con una regla óptima porque los agentes con ambas reglas tienen incentivos para ser *jurídicamente* diligentes, y una vez que son diligentes las víctimas saben que deben tolerar los daños residuales. A la vez, tampoco parece que sea más difícil decidir si el agente fue negligente cuando el estándar aplicable es x_3 que cuando es x_2. En conclusión, que una regla genere costes de administración más elevados no depende de su carácter redistributivo o de su eficiencia.

mediante el derecho privado estaría dado no por C_{DPR}, sino por $C_{DPR} - C_{DPT}$ + las pérdidas de eficiencia en la actividad regulada, si las hubiera.

32. Sobre algunos de los factores que influyen en los costes de administrar la responsabilidad civil, véase Papayannis, 2014b, pp. 32 y ss.

En cuanto al efecto distorsivo de los impuestos, también se ha cuestionado que sea menor que el de las reglas redistributivas del derecho privado. Existen estudios de una época similar a los citados por Shavell que indican que el coste de la distorsión del impuesto sobre la renta en los Estados Unidos era de 2,65 dólares por cada dólar recaudado (Georgakopoulos, 2005, p. 87). No pueden extraerse demasiadas conclusiones solo con ese dato, pero sí ilustra el impacto de los impuestos en la eficiencia: hablar de impuestos óptimos no equivale a impuestos inocuos para los incentivos productivos. Asimismo, hay que tener en cuenta que cualquier deficiencia en el diseño de los impuestos puede tener graves repercusiones sobre los incentivos para trabajar, ya que típicamente los impuestos exhiben una presión marginal creciente sobre los contribuyentes (Georgakopoulos, 2005, p. 85). Aun descartando los errores obvios de diseño, los impuestos todavía podrían desalentar la actividad productiva en mayor medida que la responsabilidad civil. El presupuesto de Kaplow y Shavell es que tanto los impuestos como las reglas redistributivas del derecho privado tienen por efecto reducir los beneficios marginales del trabajo. La idea es que las personas reaccionarán disminuyendo su productividad y dedicándose, por ejemplo, al ocio, tomando en consideración el *monto* de que se les priva y no el *origen* (público o privado) de la regla que limita sus ingresos. Pese a ello, Christine Jolls ha advertido que este presupuesto es muy cuestionable (Jolls, 1998, pp. 1656-1657).

Hay dos razones para dudar de que la responsabilidad civil y los impuestos tengan el mismo impacto sobre los incentivos para el trabajo. La primera es que los impuestos son ciertos y la responsabilidad es solo probable. En ese contexto, es importante establecer si las estimaciones que las personas hacen sobre esas probabilidades son más o menos razonables o si hay problemas serios de sub o sobreestimación. Jolls sostiene que existen evidencias contundentes sobre el hecho de que las personas con frecuencia están afectadas por un optimismo excesivo en lo que hace a ciertos eventos desafortunados como sufrir un infarto o tener un accidente de circulación (Jolls, 1998, p. 1659). Ya advertía Calabresi hace 50 años que las personas tienen una incapacidad psicológica de representarse en situaciones desafortunadas: los accidentes son algo que ocurre a otros (Calabresi, 1970, p. 56). Por supuesto, cuando los riesgos que se enfrentan son más bien visibles o notorios, se produce el efecto contrario, es decir, las personas sobreestiman el riesgo; y este es un rasgo presente en distintas culturas a lo largo del tiempo (Jolls, 1998, p. 1659). Si esto es así, al menos en contextos que no se aprecian como especialmente peligrosos, los agentes percibirán que el coste de las reglas de responsabilidad redistributivas será menor que el de los impuestos y, por lo tanto, el correlativo desincentivo para trabajar también será menor (Jolls, 1998, p. 1662).

La segunda razón por la cual el incentivo para trabajar podría verse más perjudicado por el sistema tributario que por las reglas redistributivas se relaciona con un fenómeno psicológico que nos lleva a interpretar los impuestos como un ataque directo a los rendimientos del trabajo, mientras que la responsabilidad es vista como un gasto más, solventado con nuestros ingresos (Jolls, 1998, p. 1670). Supongamos que el sistema tributario incluye un impuesto sobre la renta, con una escala típicamente progresiva

que para el primer tramo contempla un 20%, para el segundo un 35% y para el tercero un 50%. Una vez que el contribuyente alcanza el tercer tramo, una oferta para realizar un trabajo adicional, digamos con una contraprestación de 4.000 euros, es tomada como una oferta por 2.000 euros (pues los otros 2.000 se los quedará el Estado). En ese sentido, el impuesto socava los ingresos de manera directa. En cambio, la responsabilidad civil irá evidentemente solventada con el ingreso, mas no es experimentada como un ataque a este sino como un aumento en los gastos, similar a lo que ocurriría si se incrementasen los precios de los insumos que se utilizan.

Asimismo, es importante tener en cuenta que la analogía entre impuestos y reglas de responsabilidad es muchas veces engañosa. Esto es claro en el caso de la garantía que hemos estado analizando con detalle. Cuando un fabricante debe pagar un impuesto más alto, intentará cargar ese nuevo coste al precio. Lo mismo hará cuando se encuentre que debe satisfacer una garantía legal de dos años o un estándar de diligencia mayor. Supongamos que es capaz de trasladar a precios en ambos casos íntegramente. Pese a todo, a diferencia de lo que ocurre con el impuesto, la garantía o la diligencia adicional no impone un coste sin que haya ningún beneficio como contrapartida. La garantía o la diligencia, hemos visto, pueden hacer más atractivo el producto para el consumidor, con lo cual la cantidad demandada no es necesariamente menor como en el caso del impuesto[33].

Otra diferencia crucial entre la responsabilidad civil redistributiva y los impuestos es que cada uno de estos mecanismos ofrece a los agentes afectados cursos de acción alternativos, con efectos diferentes. En ambos casos, como acabo de mencionar, los agentes pueden intentar trasladar a precios. Pero quien encuentra que una responsabilidad objetiva impulsada por razones redistributivas es muy exigente puede reducir el coste de las indemnizaciones esperadas evitando daños a futuro. Si el agente ya se comporta con la diligencia debida, podrá controlar que su nivel de actividad no sea ineficientemente alto, es decir, que no genere más daños marginales que beneficios marginales; por supuesto, como ya se dijo, podrá también invertir en investigación y desarrollo de nuevas tecnologías para mejorar la seguridad de sus productos. Cualquiera de estas alternativas trae consecuencias sociales deseables. En cambio, quien percibe que la carga tributaria es muy exigente tiene ante sí otras opciones menos valiosas desde el punto de vista social: puede bajar su producción para pagar menos impuestos o puede implementar mecanismos de evasión o elusión. Todas estas acciones generan costes sociales que no se producen con la regla de responsabilidad objetiva creada por razones distributivas. Si el agente reduce su actividad, entonces no solo se pierden las ganancias

33. La analogía entre reglas de responsabilidad e impuestos ha sido muy popular desde Pigou (1932). Para una buena explicación de las razones por las cuales esa analogía, tomada en sentido estricto, puede ser engañosa, véase Smith, 2000 (en particular, p. 672 y ss.). En cualquier caso, debe quedar claro que las ventajas que estoy señalando no implican que *toda* regla de derecho privado orientada a la redistribución sea buena. Una tutela legal excesivamente ineficiente perjudicará con toda certeza al consumidor y es incluso capaz de destruir la industria. Pero lo mismo vale para un impuesto excesivo.

que de otro modo obtendría, sino que también se deja de recaudar a efectos de poder luego redistribuir. Del mismo modo, si el agente elude o evade impuestos, invierte para ello parte de sus recursos en una actividad improductiva, como es esquivar los efectos pretendidos por el sistema jurídico[34].

A su turno, habría que considerar los incentivos que reciben los beneficiarios de la redistribución. Las transferencias por vía de impuestos en principio afectarán los incentivos para trabajar, ya que el individuo recibe un ingreso sin realizar ningún sacrificio. Al trabajar, estaría realizando un esfuerzo que marginalmente reduce los beneficios fiscales, dado que a medida que mejora su situación deja de tener derecho a la asistencia pública y, luego de cierto umbral de mejora, comenzará a pagar impuestos en lugar de recibir subsidios. La redistribución por medio del derecho privado no tiene ese efecto. Piénsese en un derecho contractual que establece condiciones más equitativas, que permite interactuar con otros en términos más próximos a la igualdad. En este esquema las personas todavía necesitan recursos para poder intercambiar y realizar negocios. Sus incentivos para trabajar no se ven disminuidos sino, tal vez, todo lo contrario: solo es posible aprovechar las ventajas de un derecho privado distributivamente justo si uno tiene recursos para operar en el mercado.

Por otra parte, si nos centramos en la responsabilidad extracontractual, la cuestión es compleja. No obstante, puede asumirse que ni el traslado de los esfuerzos de diligencia a la otra parte, ni la cobertura contra los daños residuales que de otra manera debería soportar la potencial víctima reducen sus incentivos para trabajar. Estas medidas protegen el ingreso ganado en lugar de sustituirlo por prestaciones. Incluso bajo una versión más bien burda de la responsabilidad civil redistributiva, según la cual la víctima de un daño recibe más dinero que el estrictamente compensatorio, para acceder a la prestación la potencial víctima debe atravesar un evento traumático, en el cual es pasible de sufrir consecuencias más serias que las meramente patrimoniales (Acciarri, 2009, pp. 58-59). Todo eso hace que sus incentivos para trabajar resulten minados en mayor medida por una transferencia vía impuestos que por la protección de reglas redistributivas de derecho privado[35].

En definitiva, el rechazo enfático del derecho privado redistributivo sobre la base de su ineficiencia carece de sustento sólido, por tres razones: 1) no todas las reglas redistributivas son ineficientes; 2) aun cuando lo fueran, la comparación debe realizarse con un derecho privado real que ya incurre en ineficiencias no justificadas por razones distributivas; y, finalmente, 3) el derecho tributario y el gasto público no son

34. Sobre el impacto social de las acciones destinadas a esquivar la aplicación de las normas jurídicas, véase Acciarri, 2016, pp. 45-46 y 57. Es verdad que el agente también podría invertir recursos para escapar de la responsabilidad civil. Podría, por ejemplo, desprenderse de activos a efectos de caer en insolvencia o directamente huir de la justicia. Ello, no obstante, le impide seguir operando en el mercado, con lo cual es una alternativa considerablemente menos atractiva que la evasión o la elusión.

35. Véase también los argumentos de Jolls, 1998, p. 1673; y Lewinsohn-Zamir, 2006, p. 352.

necesariamente menos costosos de administrar que el derecho privado, ni generan necesariamente un desincentivo menor para la actividad productiva.

Por lo tanto, como plantea Sanchirico (2000: 807 y ss.), es un error preguntarse qué instrumento es mejor para redistribuir. La pregunta correcta es qué combinación entre derecho tributario, gasto público y el resto de las reglas jurídicas del sistema (incluyendo las del derecho privado) ofrece mejores resultados.

4. PALABRAS FINALES

En las páginas precedentes he intentado mostrar que la redistribución del ingreso no es competencia exclusiva del derecho tributario y el gasto público, sino que el derecho privado puede *contribuir* en esta tarea con distinto grado de acierto, según el caso. Las posiciones más tradicionales coinciden en que el derecho privado no debe inmiscuirse en cuestiones distributivas. A veces se enfatiza que la introducción de estos objetivos desnaturaliza sus instituciones, en el sentido de que rompe con su lógica interna. La orientación del derecho de contratos o de la responsabilidad civil hacia la redistribución haría que estas áreas de derecho ya no sirviesen a la ordenación de los asuntos *privados*. Otras veces se enfatiza que el derecho privado es un instrumento deficiente para gestionar la redistribución del ingreso. En particular, he abordado las objeciones de ineficacia e ineficiencia.

Me he centrado en mostrar que estas objeciones son poco más que un prejuicio. El derecho privado tiene, por supuesto, limitaciones para gestionar la redistribución del ingreso, pero no es distributivamente neutro. Por lo tanto, existe un margen para elegir la dirección de la redistribución en las relaciones de derecho privado, teniendo en cuenta de qué manera las distintas reglas benefician o perjudican a sectores bien diferenciados de la sociedad. Asimismo, he intentado mostrar que para cada ejemplo de derecho privado ineficaz o ineficiente es posible encontrar un ejemplo de regla de derecho tributario o de gasto público con un desempeño deficiente a la luz de estos mismos parámetros. Algunas transferencias son mejor gestionadas por el derecho público, pero otras son claramente más directas (o solo posibles) mediante el derecho privado. Por lo tanto, no hay ninguna ventaja en dejar este asunto en manos del derecho público exclusivamente. La tesis que he defendido no postula un reemplazo, ni una prioridad del derecho privado en la redistribución del ingreso. Más bien, afirmo que es irracional descartar de plano la contribución del derecho privado en este objetivo social, aun cuando el derecho tributario y el gasto público sigan siendo el punto de partida natural para pensar en estos problemas.

Finalmente, espero que en la exposición precedente pueda apreciarse que la introducción de políticas redistributivas no desnaturaliza las instituciones del derecho privado. Las reglas de interacción que bloquean ciertas transferencias sistemáticas de pobres a ricos o promueven algunas transferencias de ricos a pobres, por ejemplo, en forma de garantías por productos defectuosos, reglas de diligencia que ofrecen mayor

seguridad para las potenciales víctimas, o responsabilidades objetivas más amplias que las liberan del riesgo de sufrir ciertas pérdidas, no dejan de ser derecho privado, sino que pasa a ser un derecho privado más justo. Una defensa completa de esta tesis excede el foco de este trabajo. Pero es importante comprender de qué manera el argumento que aquí he presentado se integra en una visión del derecho privado que es fiel a aquello que lo caracteriza en la doctrina tradicional. El derecho privado redistributivo encuentra su sentido en el establecimiento de un marco de interacción equitativo. Solo en ese contexto de justicia las personas pueden relacionarse como verdaderamente libres e iguales. Respecto de este propósito y su habilidad para alcanzarlo, el derecho privado y el público no son tan distintos.

BIBLIOGRAFÍA

Abel, R. L., (1981). «A Critique of American Tort Law», *British Journal of Law and Society*, (8 (2)), 199-231.

Acciarri, H., (2009). *Elementos de análisis económico del derecho de daños*. La Vergne: ALACDE-George Mason University, Law and Economics Center.

Acciarri, H., (2016). «Enforcement Deflection and Innovation», en Bellantuono, G. & Lara, F.T. (eds.), *Law, Development and Innovation*. Switzerland: Springer.

Bagchi, A., (2014). «Distributive Justice and Contract», en Klass, G. & Letsas, G. & Saprai, P. (eds.), *Philosophical Foundations of Contract Law*. Oxford: Oxford University Press.

Benson, P., (2019). *Justice in Transactions*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.

Blischke, W. R. & Karim, M. R. & Murthy, D. N. P., (2011). *Warranty Data Collection and Analysis*. London, et al: Springer.

Calabresi, G., (1970). *The Costs of Accidents. A Legal and Economic Analysis*. New Haven-London: Yale University Press.

Calabresi, G., (1980). «An Exchange. About Law and Economics: A Letter to Ronald Dworkin», *Hofstra Law Review*, (8 (3)), 553-562.

Calabresi, G., (1991). «The Pointlessness of Pareto. Carrying Coase Further», *Yale Law Journal*, (100 (5)), 1211-1237.

Calabresi, G. & Klevorick, A., (1985). «Four Tests for Liability in Torts», *Journal of Legal Studies*, (14 (3)), 585-627.

Calfee, J. E. & Craswell, R., (1984). «Some effects of Uncertainty on Compliance with Legal Standards», *Virginia Law Review*, (70 (5)), 965-1003.

Colander, D. C., (2016). *Microeconomics*. 10th ed. New York: McGraw-Hill Education.

Coloma, G., (2001). *Análisis Económico del Derecho Privado y Regulatorio*. Buenos Aires: Ciudad Argentina.

Cooter, R., (1991). «Economic Theories of Legal Liability», *Journal of Economic Perspectives*, (5 (3)), 11-30.

Craswell, R., (1991). «Passing On the Costs of Legal Rules: Efficiency and Distribution in Buyer-Seller Relationships», *Stanford Law Review*, (43), 361-398.

De Schutter, O., (2009). «Report of the special Rapporteur on the right to food, Mission to Brasil», ONU A/HRC/13/33/Add.6.

Dorman, P., (2014). *Microeconomics. A Fresh Start*. Berlin Heidelberg: Springer-Verlag.

Dworkin, R., (1980a). «Is Wealth a Value?», *The Journal of Legal Studies*, (9 (2)), 191-226.

Dworkin, R., (1980b). «Why Efficiency? A response to Professors Calabresi and Posner», *Hofstra Law Review*, (8 (3)), 563-590.

Fried, C. & Rosenberg, D., (2003). *Making Tort Law. What Should Be Done and Who Should Do It*. Washington, D. C.: AEI Press.

Georgakopoulos, N. L., (2005). *Principles and Methods of Law and Economics. Basic Tools for Normative Reasoning*. Cambridge: Cambridge University Press.

Irigoyen Testa, M., (2019). «Análisis económico del derecho del consumidor», en Acciarri, H. (dir.), *Derecho, economía y ciencias del comportamiento*. Buenos Aires: Ediciones SAIJ.

Jolls, C., (1998). «Behavioral Economics Analysis of Redistributive Legal Rules», *Vanderbilt Law Review*, (51), 1653-1677.

Jolls, C. & Sunstein, C. R. & Thaler, R., (1998). «A Behavioral Approach to Law and Economics», *Stanford Law Review*, (50), 1471-1550.

Kaplow, L. & Shavell, S., (1994). «Why the Legal System Is Less Efficient than the Income Tax in Redistributing Income», *The Journal of Legal Studies*, (23 (2)), 667-681.

Kaplow, L. & Shavell, S., (2000). «Should Legal Rules Favor the Poor? Clarifying the Role of legal Rules and Income Tax in Redistributing Income», *Journal of Legal Studies,* (29), 821-835.

Kaplow, L. & Shavell, S., (2002). *Fairness versus Welfare*. Cambridge, Mass. – London, England: Harvard University Press.

Kennedy, D., (1982). «Distributive and Paternalist Motives in Contract and Tort Law, with Special Reference to Compulsory Terms and Unequal Bargaining Power», *Maryland Law Review*, (41(4)), 563-658.

Keren-Paz, T., (2007). *Torts, Egalitarianism and Distributive Justice*. Hampshire: Ashgate.

Kronman, A. T., (1980). «Contract Law and Distributive Justice», *The Yale Law Journal*, (89), 472-512.

Lewinsohn-Zamir, D., (2006). «In Defense of Redistribution Through Private Law», *Minnesota Law Review*, (91), 326-397.

Morgan, J., (2013). *Contract Law Minimalism. A Formalist Restatement of Commercial Contract Law*. New York: Cambridge University Press.

Mosset Iturraspe, J. (2004). «Inconstitucionalidad de los topes indemnizatorios de origen legal respecto de los daños injustos (violatorios de la Constitución nacional y de los tratados internacionales)», *Revista Latinoamericana de Derecho*, (I (2)), 215-236.

Nozick, R., (1974). *Anarchy, State, and Utopia*. Oxford: Blackwell Publishers.

Papayannis, D. M., (2009). *Fundamentos económicos de la responsabilidad extracontractual*. Buenos Aires: Ad-Hoc.

Papayannis, D. M., (2014a). *Comprensión y justificación de la responsabilidad extracontractual*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons.

Papayannis, D. M., (2014b). «La responsabilidad civil como asignación de pérdidas», *InDret*, (1/2014), 1-45.

Papayannis, D. M., (2016). *El derecho privado como cuestión pública*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Papayannis, D. M., (2021). «¿Incumbe al derecho privado la lucha contra la pobreza?», en Fernández Blanco, C. & Pereira Fredes, E. A. (eds.), *Derecho y pobreza* (pp. 81-128). Madrid– Barcelona: Marcial Pons.

Pigou, A., (1932). *The Economics of Welfare*. London: Macmillan.
Pindyck, R. S. & Rubinfeld, D. L., (2013). *Microeconomics*. 8th ed. Boston, et al: Pearson.
Polinsky, M. A., (1980). «Strict Liability vs. Negligence in a Market Setting», *The American Economic Review*, (70 (2)), 363-367.
Posner, R. A., (1979). «Utilitarianism, Economics, and Legal Theory», *The Journal of Legal Studies*, (8 (1)), 103-140.
Posner, R. A., (1985). «Wealth Maximization Revisited», *Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy*, (2 (1)), 85-106.
Priest, G. L., (1981). «A Theory of the Consumer Product Warranty», *The Yale Law Journal*, (90 (6)), 1297-1352.
Rosser, J. B. & Rosser, M. V., (2004). *Comparative Economics in a Transforming World Economy*. 2nd edition. Cambridge, Mass.: The MIT Press.
Rawls, J. (1993). *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press.
Ripstein, A., (2016). *Private Wrongs*. Oxford: Oxford University Press.
Sanchirico, C. W., (2000). «Taxes Versus Legal Rules as Instruments for Equity: A More Equitable View», *The Journal of Legal Studies*, (29), 797-820.
Schäfer, H. B. & Müller-Langer, F., (2009). «Strict liability versus negligence», en Faure, M. G., (Ed.), *Tort Law and Economics*. Cheltenham – Northampton: Edward Elgar.
Schwember, F., (2017). «¿Igualdad o igualitarismo? Dos perspectivas acerca de la justicia», *Estudios Públicos*, (147), 207-239.
Shavell, S., (1982). «On Liability and Insurance», *The Bell Journal of Economics*, (13 (1)), 120-132.
Shavell, (1987). *Economic Analysis of Accident Law*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
Shavell, S., (1992). «Liability and the Incentive to Obtain Information about risk», *Journal of Legal Studies*, (21 (2)), 259-270.
Shavell, S., (2004). *Foundations of Economic Analysis of Law*. Cambridge, Mass. – London: Harvard University Press.
Shavell, S., (2007). «Liability for Accidents», en Polinsky, M. A. & Shavell, S. (Eds.), *Handbook of Law and Economics*, Vol. I. Amsterdam: Elsevier.
Smith, H. E., (2000). «Ambiguous Quality Changes from Taxes and Legal Rules», *The University of Chicago Law Review*, (67 (3)), 647-723.
Suzuki, K. & Karim, R. & Wang, L., (2001). «Statistical Analysis of Reliability Warranty Data», en Balakrishnan, N. & Rao, C. R. (eds.), *Handbook of Statistics*, Vol. 20. Amsterdam: Elsevier.
Usher, D., (2009). «Why the Legal System is Not Necessarily Less Efficient than the Income Tax in Redistributing Income». http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1431742
Wehrt, K., (2011). «Warranties», en De Geest, G. (ed.), *Contract Law and Economics.* Cheltenham – Northampton: Edward Elgar.
Weinrib, E. J., (1995). *The Idea of Private Law*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.

Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, (2022), *45*
e-ISSN: 2386-4702 | ISSN: 0214-8676

¿Es compatible la noción de solidaridad vertical con un Derecho penal humano? El personalismo y la idea de fraternidad

Is the Concept of Vertical Solidarity Compatible with a Humane Criminal Law? Personalism and the Idea of Fraternity

Juan Pablo Castillo Morales*

Autor:
Juan Pablo Castillo Morales
Universidad Andrés Bello, Chile
j.castillomorales1@uandresbello.edu
https://orcid.org/0000-0002-9558-7515

Recibido: 25-11-2020
Aceptado: 16-8-2021

Citar como:
Castillo Morales, Juan Pablo (2022). ¿Es compatible la noción de solidaridad vertical con un Derecho penal humano? El personalismo y la idea de fraternidad. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, *45*, pp. 131-160. https://doi.org/10.14198/DOXA2022.45.05

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

© Juan Pablo Castillo Morales

Resumen

El artículo busca develar que las relaciones entre la noción de solidaridad y Derecho penal son más extensas de lo que se podría intuir. Tras advertir el carácter históricamente polisemántico de la expresión solidaridad, la contribución analiza críticamente al denominado enfoque institucionalista de la solidaridad y propone una lectura alternativa –inspirada en la tradición «personalista»– igualmente fecunda para la respuesta de problemas penales.

Palabras clave: Principio de solidaridad; personalismo; fraternidad; omisión de socorro; estado de necesidad

Abstract

This article aims to reveal that the relation between the notion of solidarity and criminal law are more extensive than could intuit. After noting the historically polysemantic character of the solidarity concept, this contribution critically analyzes the so-called institutionalist approach of solidarity and propose an alternative interpretation –inspired on the personalist tradition– equally fruitful for answering criminal issues.

Keywords: principle of solidarity; personalism; fraternity; omission of rescue; duress.

* Una versión preliminar de este trabajo fue discutido en el *Seminario de investigación jurídica* de la Escuela de Derecho en la Universidad Católica del Norte. Agradezco las observaciones que me fueran dirigidas en esa oportunidad, como también las agudas y constructivas sugerencias de los dos árbitros anónimos. Este trabajo no está asociado a ninguna fuente especial de financiamiento.

1. A MODO DE PREMISA: DERECHO PENAL, POLÍTICA Y SOLIDARIDAD

Comenzaré con una constatación aparentemente obvia: la relación entre solidaridad y Derecho penal va más allá de la discusión en torno al fundamento de la punición de la omisión de socorro o de las razones que subyacen en el deber de tolerancia que pesa sobre quien padece las consecuencias del estado de necesidad. Es tal la amplitud y alcance de las materias en que una y otro se tocan, que no faltan quienes incluso consideren que éste es «el Derecho de la solidaridad»[1]. Con mayor o menor grado de precisión, la solidaridad comparece a propósito de las cuestiones más cardinales del Derecho penal. Sin ir más lejos, ciertas corrientes filosóficas recurren precisamente a esta noción para desmentir toda justificación posible del *ius puniendi*. El anarquismo contemporáneo, por ejemplo, apela a la solidaridad y libertad propias de los miembros de la especie humana para demostrar, dado su carácter opresivo, cuán innecesario sería el Derecho. Las penas, los tribunales y la cárcel –en definitiva, las manifestaciones concretas del Derecho penal– contradicen este sentimiento de unión y simpatía entre los individuos, el cual halla en la solidaridad el terreno fértil por antonomasia y el antídoto más eficaz contra los instintos antisociales de algunas personas[2].

El Iluminismo penal, por su parte, también recurrió al concepto, pero para sintetizar en él el tortuoso proceso de humanización y racionalización de las penas y el término del «terrorismo punitivo». Con base a esta tradición, la solidaridad explicaría el deber que tendría el Estado a favor del autor del delito. El criminal, precisamente por razones de solidaridad, no puede ser abandonado a su suerte, sino auxiliado para «remediar» los propios comportamientos en vista de su resocialización[3].

Siempre en el terreno de las cuestiones esenciales del Derecho penal, la alusión a la solidaridad también ha tenido espacio en el debate en torno al fundamento y finalidad de la pena, referencia que sólo confirma la amplitud de su alcance y el alto déficit de claridad que la ha caracterizado históricamente. Por eso no genera perplejidad que haya

1. Riverditi: 2010, 211.
2. Ciertamente no es esta la sede para desarrollar las críticas que este planteamiento suscita. Con todo, basta consignar que éstas derivan del hecho que, al partir de una concepción extremadamente idealizada del ser humano, termina soslayando su irrepetible individualidad, que encierra su dignidad esencial, causa de la imperfección de la convivencia, «constelada de controversias y conflictos». Así, Guzmán, 2015: 85-90. Sin embargo, este defecto no es un rasgo exclusivo del anarquismo, pues también lo padece la tesis que afirma que el individuo, merced a un esfuerzo racional y reflexivo (Hobbes), está de igual modo en condiciones de construir un orden bueno, es decir, «de imitar la obra de Dios». Así, Massa Pinto, 2011: 11-13. Esta antropología «optimista» se advierte mucho antes en Cicerón y Séneca. Véase, Peces-Barba, 1991: 223 (nota 6).
3. Según Riverditi, 2010: 2012:lato15:ico. En contra, o, d fraternidad, omisilidaridad para la futura discusi12, el artículo 27 de la Constitución italiana –según el cual la pena debe *tender* a la reeducación del condenado– tendría precisamente en este nuevo significado del concepto su origen histórico. Similar, Dolcini, 1979: 175.

sido invocada por teorías del todo contrapuestas al respecto, como son las teorías de la prevención especial y la retribución de cuño stammleriano[4]. Mientras las primeras se autoperciben como manifestación de altruismo, filantropía y de una loable *solidaridad* social[5], las segundas intentan conciliar la pena con los principios basilares del «*richtigen Rechtes*», entre los cuales destaca, precisamente, el principio de solidaridad. Con apego a él –según Stammler–, toda concesión al Derecho para excluir a otros está condicionada a que se siga viendo en las otras personas al prójimo[6].

La falta de nitidez de este primer estadio del concepto, de carácter marcadamente ético y especulativo[7], también se advierte si la noción es examinada desde la vereda política. No es casual, en efecto, que se hable de «solidaridad emancipadora» para aludir al motor central del movimiento obrero del siglo XIX y, simultáneamente, para identificar el valor central del naciente Estado social, deliberadamente concebido para contener la avanzada del proletariado y desarticular o contener exigencias más radicales[8]. Si en el primer caso se privilegia un uso meramente instrumental del concepto –es decir, cual *medio* para mantener una cohesión necesaria para la obtención de objetivos considerados justos–[9], los Estados sociales le atribuyeron un alcance completamente distinto. Acá la solidaridad se expresó «desde arriba», mediante modelos de protección y previsión social inspirados (a diferencia de la solidaridad individual) por un sentido de empatía y caridad que devino luego en una responsabilidad paternalista de los grupos dominantes hacia el resto de la sociedad. En definitiva, una responsabilidad entre clases

4. La perplejidad, en cambio, se genera si se considera que no solo las aproximaciones absolutas (así, retribución) o relativas (así, prevención) del fin de la pena, compartirían como rasgo invariable que ésta buscaría «colocar a sus destinatarios en una situación no placentera o de desagrado». Lo mismo se podría aducir respecto de la concepción que concibe el castigo como un beneficio indebidamente recibido, como símbolo de desaprobación o, en fin, como un acto comunicativo. Así, con ulteriores referencias, Torres, 2019: 162-163 y 168-170.
5. Crítico, de Rivacoba, 1993: 43.
6. Stammler, 1923: 207-209. Cabe consignar que entre los ejemplos del Derecho positivo alemán en que se hallan los principios del «Derecho justo» –respeto y solidaridad–, Stammler cita el § 904 del *BGB*, el cual regula, como se sabe, el estado de necesidad agresivo.
7. Giuffrè, 2006: 5625. Esta falta de claridad no es patrimonio exclusivo de la solidaridad: nociones como fraternidad, propiedad y felicidad, etc., también experimentaron un proceso de transformación de más amplio alcance. Así, Jakobs, 2013: 20.
8. Las palabras de Bismarck al Kaiser después de los acontecimientos de la Comuna de París, en el sentido de que era urgente adoptar medidas contra las revueltas y evitar que las revoluciones pudiesen «dañar la Nación», son sumamente elocuentes en este sentido. Así, Rodotà, 2014: 59.
9. Si bien la teorización del marxismo no fue particularmente robusta al respecto, su principal aporte consistió en develar que la solidaridad puede adquirir un carácter «bipolar» –la solidaridad proletaria suponía necesariamente solidaridad *contra* alguien (así, Massa Pinto, 2011: 4-5)–. Sin embargo, si, así entendida, de «solidaridad» también se puede hablar a propósito de la actividad de una junta militar de dictadores, adquiere sentido la distinción propuesta por Bayertz, 2002: 42 y 46, entre un uso descriptivo y otro normativo del término. Este último sólo se justifica allí donde los objetivos e intereses comunes sean legítimos desde una determinada perspectiva de la justicia. Similar, en la discusión chilena (y con cita a otros trabajos de Bayertz), van Weezel, 2014: 195.

sociales –de ricos hacia pobres– orientada a corregir abusos, no a la superación de las jerarquías socialmente establecidas.

No obstante la explícita identificación entre estas formas de organización política y la noción de solidaridad, durante el siglo XX el análisis se vuelve todavía más ambiguo, pues el concepto comenzó a ser asumido por líneas de Filosofía política bien distintas de las que sustentaron los nacientes Estados sociales. Los casos más paradigmáticos en ese sentido fueron el nazismo alemán y el fascismo italiano, los cuales regularon *ex novo* o reformaron institutos existentes a la luz de una particular interpretación de la solidaridad, tributaria del modo en que se concebía la posición del individuo en la sociedad. Si, por un lado, la solidaridad democrática –también llamada «compensativa»– buscaba contener la siempre latente posibilidad del conflicto mediante la universalización de los derechos y la oposición respecto de los privilegios, la solidaridad fascista rechazó cualquier tipo de articulación democrática y plural de los grupos vulnerables al margen del Estado. Eso explica, por ejemplo, el carácter delictivo de la huelga en el CP de Rocco, la reducción de la libertad sindical, la estatización del Derecho del trabajo y, en general, la consolidación del «*Führerprinzip*», esto es, la idea de que las empresas constituían algo así como una comunidad compuesta por un jefe –el empresario– al cual los trabajadores permanecían subordinados por vínculos de obediencia[10].

Como se aprecia, de manera más o menos sostenida en el tiempo, el problema de la solidaridad se ha movido ágilmente entre lecturas comunitaristas y liberales del Estado. No obstante el hecho de que la historia del siglo XX –especialmente tras el término de la Segunda guerra mundial– ha demostrado que los paradigmas políticos y filosóficos no suelen implementarse en puridad[11], sigue siendo útil tenerlos a la vista, para así captar y prevenir su alcance cuando son invocados por el Derecho. La presente contribución, enmarcada en lo que con acierto ha sido denominado «revivificación de la Filosofía del Derecho penal»[12], busca dar cuenta del modo en que estas distintas aproximaciones de la solidaridad han interactuado con lo estrictamente jurídico-penal, utilizando como muestra algunos institutos de esta parcela del Derecho.

10. Así, Pisarello, 2013: 92. Sobre la «solidaridad corporativa» véase la *Relazione* del Código civil del *ministro guardasigilli* a propósito del artículo 1175. Allí se aprecia cómo sugestiones de tipo organicista («Este deber de solidaridad nace […] del hecho de sentirse miembros, con igual dignidad moral, de ese gran organismo que es la sociedad nacional») ceden en seguida a una lógica más directa de «coordinación entre esferas individuales», cuyo conflicto «queda resuelto en el terreno de una precisa adecuación recíproca, dominada y aclarada por la calurosa luz de la doctrina fascista, que liga los intereses de todos en una unión indisoluble». Véase, Rodotà, 2014: 40-41.
11. Clarísima, Cortina, 2016: 273 y ss.
12. Así, Torres, 2019: 159.

2. SOLIDARIDAD Y DERECHO: LOS DEBERES POSITIVOS

Los propios defensores de los alcances jurídicos de la solidaridad reconocen que no es en lo absoluto un concepto de fácil definición. Concretamente, es poco nítido el tipo de relación entre la solidaridad y las diversas manifestaciones jurídicas de ésta. No es claro si ciertos deberes jurídicos deben fundarse con ayuda del concepto de solidaridad o con ayuda de un concepto prejurídico de carácter más bien ético. Tampoco es claro si mediante el Derecho se debe alcanzar un estado o una conducta que, al menos desde el punto de vista externo, se conforme con la solidaridad en cuanto principio ético[13].

La forma a través de la cual la solidaridad se ha manifestado jurídicamente se asocia a los llamados *deberes positivos*. Éstos, a diferencia de los *negativos* –es decir, aquellos que se limitan a exigir la no afectación de intereses ajenos (*neminen laedere*)–, implican la puesta en marcha de ciertas conductas orientadas a ampliar (o mejorar las condiciones de) la esfera de autonomía ajena. Conforme a esta distinción es fácil advertir su matriz política. Los deberes negativos predominan al interior de aquellos ordenamientos en que la individualidad de las personas –la absoluta intangibilidad de su esfera de autonomía– constituye un valor supremo. Al contrario, los deberes positivos tienen mayor presencia en aquellos Estados donde lo determinante es algo que trasciende al individuo (el propio Estado, la comunidad, el pueblo, etc.)[14]. En la tradición liberal, por ende, los deberes positivos –entre los cuales destacan, en sede penal, el deber de socorro y el deber de tolerancia del estado de necesidad– reciben una legitimación precaria, marginal y, en cualquier caso, excepcional[15]. Al interior del liberalismo, los deberes de este tipo son relegados a la esfera privada de las virtudes morales; si se ejecutan se tratará sólo de una conducta loable, pero no susceptible de reproche penal en caso de inobservancia[16].

Como fuere, lo cierto es que la presencia de deberes inspirados en la solidaridad supone replantear el tipo de relación entre Derecho y moral, por un lado, y Estado y ciudadano, de otro. Al menos *prima facie,* aceptar jurídicamente deberes positivos implicaría asumir una concepción filosófico-política que confiere una relevancia superior a la colectividad en desmedro de la autonomía del individuo (lo cual, ciertamente,

13. Así, Pawlik, 2017: 228, donde advierte incluso el carácter «no científico» del concepto; van Weezel, 2014: 194. En en el Derecho de la seguridad social, donde el concepto tendría un alcance más intenso, se verifica la misma falta de claridad. Así, Frisch, 2016: 6 (nota 18). Sobre la relación entre solidaridad y algunas de las instituciones clásicas del Derecho civil –propiedad, responsabilidad y contrato–, véase Rodotà, 2014: 45.
14. Así, Varona, 2005: 109; desde el Derecho constitucional, Pizzolato, 2007: 221. Desde una lectura más «antropológica», Massa Pinto, 2011: 3, donde afirma con razón que el *neminen laedere* sería un axioma característico de formas primitivas de socialización. Matizado, en la discusión chilena, Piña, 2019: 265.
15. Así, Novoa, 1984: 23-34.
16. Véase, Alcácer, 2000: 365. Por eso, que ante todo se los relacione con decisiones asumidas libremente o fundadas en la reciprocidad, explica que hayan sido estudiados con mayor detalle por la Sociología, no obstante algunos notables y prestigiosos estudios filosóficos. Así, Bayertz, 2002: 7 y ss.

también sería válido tratándose del Derecho penal[17]). Con base a esta concepción «comunitarista» al ciudadano se le exige sacrificarse en favor del grupo al cual pertenece (la comunidad, el pueblo, la *polis*, etc.). Es decir: la solidaridad, que está en la base de estos deberes, exigiría un compromiso que inevitablemente tiene como consecuencia un cierto grado de sacrificio de la libertad y autonomía personal[18]. El Estado asume la función de reconocer los vínculos que conforman la sensación de pertenencia a la comunidad; lo que se protegería sería la consciencia de la comunidad, es decir, la conservación y promoción de los vínculos de pertenencia a ésta.

He dicho, sin embargo, que sólo *prima facie* existiría una correspondencia entre solidaridad y comunitarismo. Los deberes positivos también han sido objeto de justificación por parte de corrientes de pensamiento no precisamente comunitaristas. Esto es teóricamente posible precisamente por la flexibilidad que muestra el concepto de solidaridad, cuya ductilidad permite que su objeto sea, según la perspectiva que se asuma, la comunidad en cuanto tal o los individuos que la componen[19]. De hecho, el contraste de la argumentación a favor de la omisión de socorro antes y después de la caída del nazismo da cuenta precisamente de estos dos caminos. La reforma penal de 1935 alteró completamente el rostro que la omisión de socorro tenía con la regulación original del *StGB* de 1871[20]. El predominio de la comunidad sobre el individuo –en definitiva, su condición de «detentador» o «responsable» del Derecho–, se apreció claramente en la ofensiva de los juristas del régimen contra la exigencia original de actuar sólo ante el requerimiento de la policía. Cuando dicha exigencia se eliminó la figura perdió todo rasgo liberal, pues el individuo pasó a ser concebido *ab initio* como un colaborador del Estado. La omisión de socorro devino en un delito de actitud, cuyo elemento central era la desobediencia a la autoridad, garante de los intereses que mantienen unidos los vínculos comunitarios. En otras palabras: la infracción se erigió como un símbolo del nuevo orden jurídico y un medio esencial para la educación del pueblo

17. Así, nuevamente, Alcácer, 2000: 367. La variedad de la intensidad se reflejará en el modo de regular ciertos institutos inspirados en este principio. El castigo de la omisión de socorro, por ejemplo, puede ser muy ilustrativo al respecto. En algunos ordenamientos (por ejemplo, Italia) es considerado un delito; en otros (como en Chile) una falta sancionada con una multa. Ambas, sin embargo, responderían a la idea de un deber de solidaridad subyacente. Así, Politoff, Bustos, Grisolía, 1992: 282-283; con explícita remisión al texto constitucional italiano, Giuliani, 1970: 23. Matizados, en el sentido de que si bien una referencia a la solidaridad es pertinente, son sustancialmente otras las razones de la incriminación –*i.e.* la protección de bienes jurídicos como la vida e integridad física–, Mantovani, 2005: 161-162.
18. En este sentido adquiere importancia una distinción desarrollada por la Sociología y de la cual emergen interesantísimas cuestiones de Filosofía política. Me refiero a la distinción entre «comunidad» y «sociedad». Mientras las primeras se crean a partir de un compromiso verdadero y genuino, en las segundas se trataría de una elección racional, de mero cálculo. Precisamente por este motivo hay sociólogos que consideran que en los grandes grupos la solidaridad (el sentimiento de unión frente a un objetivo compartido) no sería posible. Así, Alcácer, 2000: 370; Piña, 2019: 248 y ss.
19. Riverditi, 2010: 217.-
20. Fruto de la invasión nazi, Francia introdujo el delito en cuestión en 1941. Sobre las reformas condicionadas por esta cuyuntura histórica, Varona, 2005: 19-20 (nota 6).

«en la concienciación de un sano sentimiento de comunidad»[21]. Es muy ilustrativo en este sentido constatar que el nazismo concibió al liberalismo –en cuanto tradición en que los deberes positivos son reducidos– como una realidad en la cual, toda vez que se exacerba la autonomía, se termina promoviendo una imagen egoísta del ciudadano, incapaz de comprometerse en favor de otros. La sociedad liberal, lejos de ser un ente consolidado en torno a ligámenes afectivos, deviene la simple suma de individuos aislados y, por lo tanto, carente de identidad[22]. En términos más generales, el Derecho penal fungía de instrumento de protección de las aspiraciones de la comunidad, las cuales –cabe precisar– no venían forjadas por los miembros de la sociedad alemana a partir de sus valores culturales, sino, antes bien, «desde arriba», es decir, por una autoridad que se arrogaba su determinación. La relevancia de la libertad personal era concebida, por el contrario, como un factor de debilitamiento de la autoridad estatal, encargada de definir y cristalizar esos valores comunitarios. Conforme a esta aproximación, la comunidad estaba moralmente fundada. Los valores que la delineaban –a través de los cuales se construía la identidad del pueblo alemán– constituían un *deber ser* que todos los miembros de la comunidad estaban obligados a respetar. Del respeto por la autonomía en cuanto *leitmotiv* de las normas de convivencia, se pasa a un conjunto de normas orientadas a asegurar la conservación de la comunidad. Fue así que la antijuridicidad, del momento que el delito deviene un ataque contra las bases de la vida del pueblo, terminó indefectiblemente identificada con la culpabilidad[23].

La repercusión dogmática de esta hostilidad se tradujo en una redefinición del delito como una violación de un deber hacia la comunidad. Sólo así se prevenía la desintegración de los ligámenes afectivos y de las convicciones valorativas que hacían posible la convivencia derivados de la definición de delito como lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos de titularidad preferentemente individual[24]. Si en definitiva lo determinante es el interés de la comunidad, bajo este paradigma todos los delitos pueden concebirse como expresión de falta de solidaridad. Prestigiosos penalistas nazis sostuvieron explícitamente la necesidad de invertir las relaciones defendidas por la tradición liberal, en el sentido de castigar más severamente las violaciones contra intereses colectivos y del Estado[25].

Tras la caída del nacionalsocialismo los juristas alemanes se encontraron ante la compleja tarea de justificar esta infracción (y otras afines) a la luz de otros parámetros axiológicos. No obstante el hecho que el vínculo entre el tipo penal y los paradigmas que sostuvieron la dramática experiencia totalitaria era innegable, de otra parte la

21. Alcácer, 2000: 398 y 400.
22. Esto explica el hecho que el vocablo «sociedad» –sustituido por el de «comunidad»– haya sido excluido del lenguaje político nacionalsocialista. Así, Alcácer, 2000: 379-380.
23. Bettiol, 1966: 321.
24. Alcácer, 2000: 381-382.
25. Paradigmático, Dahm, 2013: 243 (243-256). Crítico Zaffaroni, 2017: 213 y ss.si ripetono anche nella giustificazione deaboratore dello stato ificazione della fattispecie di omissione di soccorso che i so

solidaridad o responsabilidad social constituían convicciones generales lo suficientemente internalizadas. De los excesos del colectivismo totalitario no se podía pasar a una defensa de un individualismo extremo. Para decirlo en términos más concretos, el tipo penal también podía encontrar un lugar al interior de la socialdemocracia alemana[26].

Sin embargo, la solidaridad al interior de los ordenamientos jurídicos de la segunda postguerra constituyó generalmente una cláusula a partir de la cual el poder público podía intervenir a través de medidas orientadas a corregir y equilibrar diversas situaciones de desigualdad económica, social, cultural, ambiental o territorial[27]. El llamado «constitucionalismo social» –en buena medida, fruto del encuentro de la tradición católica y marxista[28]– defendió un papel más bien moderado de la solidaridad, haciendo suya la tradición compensatoria que los Estados sociales atribuyeron a la noción dramáticamente suspendida por los totalitarismos europeos[29].

Una vez que la solidaridad progresivamente se consolidó cual principio inspirador de ciertos deberes estatales, fue posible un análisis más refinado del concepto, minimizando así su carácter históricamente ambiguo. Como intentaré sintetizar en lo sucesivo, esto se aprecia con particular claridad en el debate en torno al fundamento del estado de necesidad justificante agresivo.

3. LA SOLIDARIDAD INSTITUCIONAL

Fuera del antagónico sentido y significado que se ha atribuido a la solidaridad en la arena política, una vez reconocida en contextos liberales y democráticos tampoco existe una concepción unívoca sobre los contornos de la misma. En el mejor de los casos, sólo se puede afirmar que la coincidencia alcanza sólo el punto de partida –*i.e.*, la solidaridad suspendería la intangibilidad de las esferas de autonomía, eje del Derecho moderno–, pues todas ellas terminan distanciándose al momento de explicar las razones que justificarían dicha suspensión[30].

De los tres grandes grupos de teorías que se advierten en la discusión, a saber, decisionistas, contractualistas e institucionalistas, me detendré críticamente en el último,

26. Al respecto son elocuentes los intentos de Gallas y Welzel, registrados por Alcácer, 2000, 375-378. Este tipo de argumentación se inserta en la estrategia más amplia a través de la cual la solidaridad comienza a ser reconsiderada como principio jurídicamente vinculante al interior de los nuevos contextos democráticos. El caso italiano es en este sentido probablemente el más significativo, toda vez que la noción está explícitamente reconocida en el *corpus* constitucional como principio fundamental. Destaca este aspecto, que distingue al caso italiano de otras cartas constitucionales europeas, entre otros, Giuffrè, 2006: 5624.
27. Sobre si se tratan de meras normas programáticas o normas que se puedan aplicar directamente, véase, Rossi, Bonomi: 2007, 75.
28. Lo que es particularmente claro en el caso italiano. Véase, Mattioni, 2007: 24.
29. Así, Rodotà, 2014: 28-29. Véase *supra*, § 1.
30. Así, Coca, 2016: 242; Wilenmann, 2017: 77 y 559 y ss.

pues estimo que es la línea argumental que resiste mejor las objeciones que se han esgrimido[31].

Al igual que las teorías decisionistas, la aproximación institucional parte de la base de que, *in primis*, corresponde al Estado resolver las situaciones de emergencia o necesidad que involucran a los ciudadanos. La idea central de esta lectura responde, por tanto, a la premisa de que en el Estado moderno no parece aceptable que la distribución social de la suerte y la desgracia dependa de la naturaleza o del acaso. Por el contrario, correspondería al Estado asumir la tarea de corregir dicha distribución, cuya materialización tiene lugar a través de instituciones públicas organizadas a tal fin[32]. Las instituciones del Estado son consideradas porciones irrenunciables del sistema social, orientadas a la estabilización de las condiciones existenciales fundamentales de las libertades. Por ende, su función primordial consiste en asegurar o hacer posible la coexistencia y la recíproca separación de esferas de actividad de los ciudadanos. Es decir: ninguna sociedad podría garantizar esa prerrogativa confiando unilateralmente en el correcto ejercicio de la esfera de libertad de los ciudadanos. Estas instituciones asumen deberes jurídicos positivos, es decir, cargas ya no de mera no-agresión de otras esferas, sino de prestaciones *positivas* de salvaguarda de esferas ajenas[33]. El ordenamiento confía institucionalmente a un

31. En la taxonomía señalada en el texto sigo la detenida explicación de Wilenmann, 2017: 78 y ss. Fuera de la remisión, para la comodidad del lector sintetizo la matriz de las dos primeras. Las «teorías decisionistas» estiman que la solidaridad representa una mera decisión adoptada por un ordenamiento jurídico en particular, la cual expresaría un modo de valorar cierto estado de cosas cuyo fundamento sólo en parte se debe a su bondad axiológica, pero que en definitiva se desarrolla íntegramente en la medida que se haya positivizado de algún modo (así, por todos, Renzikowski, 1994: 195 y ss.). Así, por un lado, la solidaridad podría consistir en el estado de cosas cuya consecución depende de la imposición de obligaciones basadas, precisamente, en motivos de solidaridad, y que justificaría la imposición de dichas obligaciones. Esto no quita, por otro lado, que ese «estado de cosas deseable» esté referido a la obligación misma, en cuyo caso su fundamento deviene circular. Otra dificultad con que debe lidiar esta aproximación es que en los Estados sociales, el análisis orientado a verificar si de sus características se pueden explicar dogmáticamente ciertos institutos (por ejemplo, el estado de necesidad o la omisión de socorro) es particularmente complejo: la calificación de «social» o «solidario» de un Estado exige una valoración conjunta si no de todas, al menos de las instituciones en que la relación Estado-ciudadano es más intensa, cuya identificación, por lo demás, es políticamente contingente. Al respecto: Silva, 2007: 34 (nota 33). Por su parte, la «teoría contractualista» –cuyo ascenso coincide con el decaimiento del Estado social– asume que la solidaridad no sería expresión de una particular actitud moral, sino, al contrario, de una elección de cooperación racionalmente motivada. Así, el estado de necesidad y la omisión de socorro se explicarían del siguiente modo: dado que es imposible saber con antelación si en el futuro me encontraré en una situación de necesidad (de la que sólo puedo salir lesionando bienes jurídicos ajenos) uno y otra se legitimarían en tanto expresión de una elección racional dirigida a aceptar que otros superen el apremio mediante la invasión en la propia esfera de autonomía. En este sentido, Merkel, 2000: 198. n de las condiciones existenciales fundamentales tema social orientadas a la estabilizaci a los ciudadanos. La idea central de e
32. Pawlik, 2002: 80 y ss., y 120; Coca, 2016: 510-511; Silva, 2007: 34. Críticos, Bouzat, Cantaro, Navarro, 2007: 139 y ss.
33. Como correctamente considera Robles, 2013: 4-5, la distinción entre prestaciones positivas y negativas no tiene que ver con la distinción, de carácter marcadamente fenoménico, entre prohibiciones y obligaciones. Esta distinción atañe, antes bien, al modo en que se configura la relación entre esferas de autonomía. Ésta será «positiva» si implica una extensión de los espacios de libertad del otro sujeto;

sujeto el cuidado de un interés colectivo, obligándolo a desplegar una actividad a favor del bien mismo, llegando incluso a obligarlo a formas jurídicas de autoexposición al riesgo, que en cambio la vida normal de las relaciones jurídicas –compartimentada en los límites descritos por esferas de competencia meramente organizativa– no impone. Dicho en otro giro: mediante la previsión de institutos destinados a ese propósito se establecen competencias dirigidas ya no a garantizar la autonomía y la independencia de las recíprocas esferas reconocidas por el ordenamiento, sino a «salvaguardar el *nivel mínimo de solidaridad* indispensable para la sobrevivencia de la sociedad»[34].

Pues bien, *in primis,* esta obligación es cumplida por el Estado y sus instituciones, cuya creación y soporte dependen, a su vez, del aporte realizado por todos los miembros de la sociedad. Esto implica asumir que la necesidad no puede superarse mediante el uso directo de los bienes de otro ciudadano, toda vez que eso impediría la conservación de un orden abstracto de ámbitos de autonomía. La superación de las situaciones de necesidad es obligación de las instituciones del Estado, a las que los ciudadanos –del momento que contribuyen a su creación y sostén– pueden exigir tales prestaciones, pero no resolverlas directamente.

La contribución más evidente de los ciudadanos en esta dirección consiste, como se sabe, en el pago de impuestos[35]. Bien visto el asunto, esta contribución no sería otra cosa que un modo de distribuir el trabajo que hace factible que algunos –las instituciones del Estado– se dediquen exclusiva y especialmente a contribuir a la superación de la necesidad[36]. Esto no obsta, naturalmente, que las instituciones del Estado lleguen tarde; después de todo, y más allá de la organización específica que asuma una determinada sociedad[37], situaciones como el estado de necesidad o el deber de socorro apuntan a casos tan imprevistos que el pago de impuestos es en cualquier caso improductivo para garantizar que las instituciones resguarden la seguridad de una determinada esfera de autonomía[38]. Pues bien, es precisamente así que emerge un «régimen residual de sostén recíproco» del cual derivarían, respectivamente, los deberes de socorro y tolerancia

será «negativa» si el deber supone sólo no perjudicar la esfera ajena. Para decirlo con Pawlik, 2017: 229: «los deberes positivos no sólo generan "seguridad", sino también "bienestar"».

34. Así, en la discusión italiana, Cornacchia, 2013: 260. Según el autor, en el contexto italiano, el fundamento de legitimidad de las competencias institucionales se obtiene, precisamente, a partir de una interpretación sistemática del artículo 2.º –que impone entre «deberes inderogables de solidaridad»– y los artículos 29, 30, 54, 97 (inciso 2.º) de la Constitución, que parecen ver en la familia, en las funciones públicas de los empleados públicos, etc., instituciones especialmente concebidas para salvaguardar intereses frágiles o de particular interés público.
35. Así, Frisch, 2016: 10; Pawlik, 2017: 241; Pawlik, 2002: 120 y 180.
36. Wilenmann, 2017: 81.
37. Para Pawlik, 2017: 240, en ordenamientos –el alemán entre estos– que cuentan con una amplia y confiable red de instituciones dedicadas a conjurar el peligro, la injerencia en la esfera ajena es de tal modo excepcional que nada impide que estos casos sean penalmente reconducidos a la excusa o recién considerados al momento de conmensurar la pena.
38. Pawlik, 2002: 104; Frisch, 2016: 10. Desde la perspectiva del sujeto necesitado, a pesar de la errónea restricción del instituto a los casos en que hay un riesgo para la vida, este aspecto fue destacado ya por Manzini, 1981: 431-432.

como «cuasi-institución» subsidiaria[39]. Unos y otros comparecen como un deber cuasi-institucional dinámico, cuya función es contribuir a asegurar las condiciones reales de la libertad jurídica en los «casos límite» donde las medidas institucionales no logran resolver la situación de necesidad de los ciudadanos. En otros términos: se trata de un deber positivo basado en una cuasi-institución cuasi-estatal de tipo subsidiario[40].

De lo dicho se infiere que la previsión de obligaciones *individuales* de solidaridad sea considerada una *excepción* a este modo de organización institucional. Y precisamente porque se trata de una excepción, las situaciones de necesidad imponen deberes de solidaridad *mínima*, es decir, deberes que se traducen en la justificación de intromisiones muy limitadas. Toda vez que el tercero que socorre o permite que a su costa se superen ciertas emergencias es completamente ajeno a la situación de necesidad o peligro, la invasión en su esfera jurídica es admisible sólo allí donde el interés salvaguardado sea notablemente superior al sacrificado[41].

Ante la ausencia del Estado, el ordenamiento jurídico delegaría en el sujeto que sufre las consecuencias de la acción necesaria la obligación originariamente estatal de superación de la emergencia. Es decir, en los contextos de necesidad sería posible atribuir al individuo, dada su condición de ciudadano, el deber de soportar excepcionalmente la injerencia ajena en la propia esfera jurídica[42].

Ahora bien, se podría sensatamente advertir que si el deber de tolerancia no es otra cosa que la extensión del deber estatal de socorrer a un ciudadano en emergencia, la acción civil ejercida para obtener el correspondiente resarcimiento debería dirigirse contra el Estado y no, en cambio, contra el sujeto favorecido por el cumplimiento del deber positivo[43]. Frente a esta crítica, sus defensores reponen que el compromiso asumido por el Estado de proteger la intangibilidad de las esferas de autonomía no se realiza sólo mediante el pago de impuestos dirigidos a la creación y sostén de instituciones de asistencia que operan de manera organizada, sino *también* a través de la previsión de prestaciones particulares en los casos que ésta no pueda satisfacerse institucionalmente. De este modo, el deber de socorro y el deber de tolerancia no hacen sino reforzar dicho compromiso estatal. Sólo mediante la extensión de esta obligación institucional el Estado asume de manera coherente la obligación de proteger esferas de autonomía. El hecho de que la acción de resarcimiento se dirija contra el necesitado o socorrido y no contra el Estado se debe al hecho que éste garantiza únicamente la satisfacción de las prestaciones solidarias que se desarrollan mediante los canales institucionales y no, en cambio, aquellas que dependen de contingencias individuales. Dado que el pago de impuestos es limitado, «el ciudadano no puede pretender que en cada esquina haya una ambulancia o un médico disponibles, de modo que deberá

39. Pawlik, 2017: 228.
40. Pawlik, 2002: 103 y 112; Silva, 2007: 34.
41. Así, Robles, 2010: 461-463; Silva 1998: 223; Baldó, 1994: 91.
42. Pawlik, 2002: 123; Silva, 2007: 33; Wilenmann, 2017: 81.
43. Así, Neumann, 2013:155 y ss.

asumir los costes de su propia salvación si ésta no tiene lugar por las vías en que se verifica de forma planificada»[44].

Descrita en estos términos, no obstante, esta teoría no sería particularmente original, pues se limitaría a reiterar que la obligación de solidaridad que subyace en estos deberes constituye una excepción al funcionamiento del Derecho, pero no fundaría en sentido estricto el concepto de solidaridad. Esta impresión, sin embargo, debe quedar excluida si se constata que esta aproximación –enfatizan sus defensores– se ocupa del modo en que se integran las obligaciones del Estado y obligaciones de los particulares para así materializar un Estado de libertades. Que éste se materialice en forma primaria mediante las instituciones estatales (lo cual se debe al impacto que la imposición de una obligación institucional y general tendría en la autonomía formal) no es obstáculo para que las obligaciones de solidaridad de los particulares tengan idéntica justificación[45]. Para la realización y conservación de la libertad ciertamente se necesita del Estado, pero ese objetivo no se alcanza por éste exclusiva y excluyentemente. Es más, una aspiración de esas características exigiría una vigilancia intensísima que ninguno puede pretender en un Estado de libertades. Por eso, desde esta perspectiva, la responsabilidad por la conservación de un Estado de libertades involucra a todos los ciudadanos. Dicho en otro giro: quien desea hacer uso de su libertad al interior de un Estado de Derecho, debe contribuir con su parte a preservar y defender dichas libertades[46].

4. CRÍTICA A LA SOLIDARIDAD INSTITUCIONAL

Una vez que las premisas de la teoría institucionalista son conjugadas con los resultados de la discusión extrapenal sobre el punto –particularmente constitucional–, ciertos rasgos de ésta devienen problemáticos. Sin desconocer que, en definitiva, se trata de un tópico fuertemente condicionado por las particularidades de la regulación positiva de un determinado ordenamiento[47], lo cierto es lo siguiente: el carácter jurídicamente

44. Así, Robles, 2014: 99-100. Como correctamente sostiene el autor, otra cosa es la responsabilidad del Estado en casos de «anormal funcionamiento de las vías institucionalizadas».
45. Como sostiene Wilenmann, 2017: 82 (nota 128), con cita a Pawlik, este planteamiento también apela a la idea del «mérito»; es decir, la desgracia es normalmente considerada una cosa no-merecida, por lo que consideraciones de tipo distributivo justificarían la obligación estatal de contribuir a la superación de la emergencia y eventualmente también su delegación. Sobre el modo en que la idea del mérito se liga al estado de necesidad, véase Pawlik, 2017: 239-240. Similar, Silva, 2007: 34.
46. Así, Pawlik, 2016: 42-43. Se rebate así la crítica formulada contra este planteamiento, en el sentido de que no sería claro el motivo por el que un sujeto, además de sus deberes tributarios, debe sacrificar sus intereses asumiendo funciones estatales. Asimismo, Robles, 2014: 98 y 100.
47. Las diferencias entre la regulación italiana y alemana, por ejemplo, es particularmente indiciaria al respecto. Mientras la primera prevé explícitamente la existencia de «deberes inderogables de solidaridad política, económica y social» cual principio fundamental de la Constitución, la *Grundgesetz* alemana apunta a una exhortación más tímida al «sostén del prójimo y al sentido cívico». Véase, Baurmann, 2002: 58.

vinculante derivado de una delegación de deberes institucionales implica dar por sentado un aparataje conceptual controvertido.

En la doctrina constitucional que se ha ocupado de este tema se suele distinguir entre solidaridad «horizontal» y solidaridad «vertical»[48]. Mientras la primera expresa una precisa directiva constitucional dirigida a todos los sujetos del ordenamiento para que *espontáneamente* limiten la propia autonomía individual en consideración de la libertad y derechos ajenos[49], la segunda –también llamada «solidaridad pública»– se basa en la intervención del Estado y de los poderes públicos a fin de superar la condición de necesidad de los ciudadanos; se expresa en las tradicionales modalidades de intervención y acción del Estado social y apunta a la acción directa de los poderes públicos en la reducción de las desigualdades sociales y a permitir el pleno desarrollo de la persona humana[50].

La solidaridad horizontal, en cambio, tiene otro alcance. Allí donde está reconocida a nivel constitucional, reclama una necesaria ayuda mutua entre los propios ciudadanos, ante la cual el Estado se presenta como garante externo. De este modo, más que constituir el presupuesto de específicas imposiciones legales –cuya eficacia estaría condicionada a la imposición de sanciones en caso de incumplimiento–, valen sobre todo para expresar a nivel jurídico-positivo la base axiológica del modelo constitucional de convivencia, calificando positivamente el comportamiento social del ciudadano, como consecuencia de la adhesión a un imperativo de la conciencia cívica frente a las razones del vínculo social[51].

Así descrita, por lo tanto, la solidaridad horizontal es todo lo contrario a una concepción accesoria del canon liberal de no dañar a terceros[52]. Se trata de una instancia dialéctica dirigida a superar el límite atomístico de la libertad individual. Ésta se manifiesta en el sentido de conducir al individuo por la vía de la construcción de relaciones sociales y vínculos entre sí, independientemente de los ligámenes públicos o derivados de mandatos impuestos por la autoridad[53]. En definitiva: solidaridad elegida, no impuesta.

48. Así, Caterini, 2015: 134.
49. Así, Giuffrè, 2006: 5627. La cursiva me pertenece.
50. Pizzolato, 2007: 214.
51. Giuffrè, 2006: 5627. En cualquier caso, cabe puntualizar que también existe una línea doctrinal que relativiza esta distinción conceptual. Existirían, en efecto, deberes de solidaridad política que el individuo cumple a favor de la República cuyo incumplimiento no importa sanciones jurídicas. El caso del voto, un deber de solidaridad política, es (allí donde sea obligatorio) probablemente el ejemplo más paradigmático. Véase, Mattioni, 2007: 27. Desde otra perspectiva, hay doctrina según la cual la intervención activa y directa del Estado, productor de servicios de utilidad para los ciudadanos, es, en un sistema democrático y constitucional, una forma de institucionalización de la solidaridad horizontal. Así, Pizzolato, 2007: 215. Una aguda relativización de la diferencia entre una solidaridad vertical y horizontal, en Neumann, 2004: 751 y ss.
52. Pizzolato, 2007b, 51.
53. Giuffrè, 2007: 121.

Bien visto el asunto, esta distinción conceptual emerge a partir de una mutación más sociológica que filosófica. Me refiero al tránsito de grupos pequeños de baja complejidad –hoy diríamos «comunidades»– a formas más sofisticadas de asociación[54]. La pérdida de los ligámenes inspirados en la actividad personal y en la participación democrática de los ciudadanos, hace indispensable reforzarlos desde arriba, lo cual, empero, supone una pérdida del elemento emotivo sobre el que descansa la unidad que caracteriza a la solidaridad horizontal. Característica típica del Estado social, por ende, no es tanto que existan ideales u obligaciones *morales* de apoyo a los necesitados, sino, antes bien, la circunstancia de que el apoyo se institucionaliza y se vuelve jurídico.

En estos términos, al menos desde la perspectiva de cómo se materializa la ayuda, la política social se diferencia del apoyo que tiene lugar gracias al compromiso solidario. Las prestaciones sociales estatales no son desplegadas por ciudadanos comprometidos e inspirados por sentimientos de unión que ayudan a otros ciudadanos necesitados, sino por aparatos burocráticos que sólo se ajustan a la legislación correspondiente. La misma prestación que se considera como una acción solidaria si se cumple por individuos de manera voluntaria, directa y comprometidamente, deviene un acto administrativo cuando se la encomienda a una institución estatal y a sus funcionarios. Para decirlo en términos más gráficos: el funcionario público no actúa solidariamente con un ciudadano que eleva una solicitud de ayuda para pagar el arriendo de su casa. Pues bien, lo mismo se puede decir a propósito del pago de impuestos: no se actúa solidariamente cuando los pagamos para financiar estas (u otras) prestaciones sociales[55].

Precisamente por lo anterior, es exacto hablar de solidaridad sólo cuando la prestación tenga lugar voluntariamente a partir de un sentimiento de unión. Aunque el Estado social pueda ser considerado correctamente como el equivalente funcional de las otrora redes solidarias –familia y vecinos–, hablar de «solidaridad» a propósito de prestaciones de ayudas impuestas bajo amenazas de la autoridad no es otra cosa que un eufemismo. Con su institucionalización la solidaridad se reduce a «cuasisolidaridad»[56].

De conformidad a esta distinción es fácil advertir a qué dimensión de la solidaridad mira la aproximación institucionalista. No es casual, en efecto, que a propósito de la solidaridad vertical también se utilice la fórmula «solidaridad institucional»[57].

La solidaridad a la que apelan las teorías institucionalistas es precisamente una solidaridad burocratizada, es decir, que en cuanto tal –delegada de modo contingente al individuo que tolera la invasión en su propia esfera– proviene desde arriba. Esto excluye, por lo tanto, la posibilidad de que se plantee algo así como una mutación de

54. Sobre la relación entre una solidaridad irracional propia de grupos pequeños y una solidaridad racional, elegida por razones de prudencia (mero cálculo), característica de las grandes sociedades modernas, véase Baurmann, 2002: 55 y ss., y Bayertz, 2002: 17-31, donde distingue, respectivamente, entre una solidaridad «fuerte» y «débil».
55. Giuffrè, 2006: 5629.
56. Precisamente así, Bayertz, 2002: 31-36. Categórico, Portinaro, 2002: XXVI, según el cual la intervención estatal puede traducirse en una «colonización clientelista del altruismo».
57. Frisch, 2016: 8 y 17.

su carácter –es decir, pasar de una solidaridad vertical a una de tipo horizontal– derivada de la contingencia de que el Estado no llegó a tiempo. Y esto no sólo porque se trataría de una conclusión forzada, sino sobre todo porque implicaría aceptar que en materia de antijuridicidad se evalúen los motivos que subyacen en la esfera moral del tercero inocente.

La conclusión anterior, además, está confirmada por la incontrastable circunstancia de que el incumplimiento del deber de socorro o tolerancia está penalmente prohibido. Al interior de la teoría del delito, por tanto, la solidaridad presupone una relación no paritaria entre los sujetos en conflicto, uno de los cuales –el Estado– está en condiciones de exigir a otro, bajo la amenaza de sanción, la realización de ciertos comportamientos[58].

De este modo, es posible advertir desde ya las críticas que merece esta aproximación. En lo que alcanzo a advertir, la teoría en cuestión es susceptible de objeciones políticas y dogmáticas. Si bien unas y otras se tocan continuamente, la más evidente entre las últimas es la siguiente. Específicamente a propósito del estado de necesidad, no puede sino generar perplejidad que se sostenga, por un lado, que el deber de tolerancia constituye una extensión del deber estatal de corregir la distribución de la fortuna y la desventura si, por otro lado, se afirma que esta institución tiene una naturaleza «interpersonal», es decir, que involucra de manera exclusiva al necesitado y a quien padece las consecuencias del actuar necesario[59]. Al interior de esta teoría, por ende, convivirían dos opciones que deberían excluirse de forma recíproca. Pues, si de verdad se trata de un instituto interpersonal –premisa a partir de la cual se superaría el supuesto colectivismo de la teoría del principio del interés prevalente–, el deber de tolerancia no podría reconducirse a un requerimiento de colaboración estatal dirigido al individuo para desempeñar sus funciones.

Fuera de esta consideración dogmática, el andamiaje político que sustenta esta lectura de la solidaridad es asimismo controvertible. Sobre éste y sus puntos débiles me detendré en el apartado siguiente.

58. Rasgo esencial de esta variante del concepto, como ha sido destacado desde una mirada no sólo penal. Clarísima, Borgonovo Re, 2015: 102, donde sostiene: «[e]n sede penal (…) el vínculo de solidaridad se expresa en condiciones asimétricas y no en condiciones de inmediata reciprocidad: está siempre un sujeto débil y otro fuerte, y es a esta último que el ordenamiento pide cumplir específicos deberes inderogables de solidaridad, cuya obligatoriedad jurídica –fuera que moral– se castiga a través de sanciones penales».

59. Pawlik, 2017: 241. Considerando la crítica del colectivismo que esta aproximación retruca a la teoría del interés preponderante, genera todavía más extrañeza que el autor concluya que quien cumple un deber de tolerancia funge simplemente de «estación de tránsito» o, dicho en términos más gentiles, «como representante de la generalidad». Advierte este problema, van Weezel, 2019: 1091 y ss. Sobre el «cambio de coordenadas» que habría supuesto el planteamiento rigurosamente interpersonal de Pawlik frente carácter ciudadano-Estado del estado de necesidad de Hegel, véase Neumann, 2004: 751. Una aproximación pormenorizada y contextualizada del pensamiento de Hegel puede consultarse en, precisamente, Pawlik, 2010: 15 y ss., (23-32) y Pawlik, 2019: 20-26.

5. EL PERSONALISMO COMO RESPUESTA

El proceso histórico en que la noción de solidaridad ha asumido forma de obligación jurídica para la madurez del vínculo social, ha supuesto su institucionalización y estabilización. Según los defensores del concepto, este tránsito se verifica al interior del contexto todavía más general de mutación integral de la teoría del delito, esto es, del «abandono del pensamiento abstracto del bien jurídico en favor de un modelo de la teoría del delito en cuyo centro se sitúa una delimitación dinámica de ámbitos de responsabilidad personal orientada al fin del mantenimiento de un estado de libertad»[60].

No es casual que la defensa de una solidaridad así entendida –institucionalizada, contenida– venga formulada por los críticos de la teoría del bien jurídico. En efecto, la crítica que afirma que ésta sería inocua para contener los excesos del legislador –toda vez que, al contrario, despoja al ciudadano del espacio de libertad política en la determinación de *su* «orden de prelación»– engarza perfectamente con la concepción según la cual es una rígida noción de autonomía la que determina el concepto y funciones del Derecho[61]. Dicho en otros términos: la desconfianza hacia la teoría del bien jurídico es el resultado de un Derecho concebido a partir de su función de aseguramiento de la intangibilidad de la autonomía del individuo.

Sin perjuicio de que existen buenas razones para seguir haciendo dogmática *desde* la noción de bien jurídico[62], existen objeciones de mayor alcance que pueden formularse contra la aproximación institucionalista de la solidaridad; concretamente, el concepto de Derecho del que parte. Mediante la sobrevaloración de la noción de esfera de autonomía, éste asume un carácter extremadamente individualista, que soslaya, en cambio, su carácter intrínsecamente relacional.

Como se sabe, este rasgo del Derecho ha sido defendido desde diversas perspectivas. A mi parecer, sin embargo, la explicación más sólida –pues sus resultados están validados también en otros campos del saber– es el personalismo[63].

60. Pawlik, 2017: 232.
61. Pawlik, 2016: 36-38. Este aspecto suele sintetizarse bajo la fórmula «autodefinición de los intereses propios», que concurriría junto al subprincipio de la responsabilidad por el comportamiento organizador y el de asunción personal de riesgos no imputables a esferas organizativas externas, a dar forma a esta noción de «autonomía». Esta distinción es desarrollada por Jakobs, 1991: 349-351 a propósito de la cuestión todavía más general del o los principios inspiradores de las causas de justificación y, en lo específico, como una de las posibilidades al interior de las teorías «pluralistas». En castellano, Baldó, 1994: 49 y ss.
62. Tavares, 2004: 10-11 y 82 ss.
63. El personalismo hunde sus raíces en algunos aspectos de la filosofía aristotélica y tomista. Durante el siglo XIX la doctrina social de la Iglesia la hizo suya, del mismo modo que cierta aproximación anarquista, para la cual el remedio más eficaz contra las nefastas consecuencias del instrumento penal, era el cultivo del sentimiento de unión entre los hombres. Durante el siglo XX la fisonomía del personalismo se perfila más nítidamente gracias a la contribución de la filosofía francesa –de la mano de Mounier y Maritain, entre otros.

Esta corriente filosófica –desarrollada fuertemente en Francia durante el primer cuarto del siglo pasado– se caracteriza por contrastar radicalmente la concepción propia del Estado totalitario y Estado liberal individualista. Del primer modelo rechaza que la dignidad del individuo esté condicionada a la pertenencia a un organismo que lo trascienda y a cuya prosperidad debe servir con su existencia individual. La colectividad de personas, el hecho de la sociabilidad, no importa la impersonalización[64]. La exaltación de la pertenencia, las formas de comunitarismo cerrado –hecha realidad, por ejemplo, por el fascismo italiano– son la antítesis del personalismo, no su realización[65].

A su vez, se distancia del individualismo, que parte de una concepción de «yo» cual realidad aislada, originalmente separada del mundo y de los otros «yo». En sus diversas modalidades, el individualismo supone el aislamiento del hombre, su constricción moral, histórica y metafísica. El personalismo, en tanto teoría del ser humano, parte de la premisa de la indisolubilidad del cuerpo y el espíritu. Como elocuentemente afirmó un reputado filósofo chileno: «[e]n el individualismo, el individuo se repliega, se encierra, se encasilla dentro de sí; oblitera los conductos de su comunicación con los demás seres; reduce su mundo, y sin saberlo, su propia individualidad»[66].

La cita precedente sirve para comprender la actitud severamente crítica del personalismo contra el patrimonio filosófico y cultural del individualismo –«su más directo adversario»[67]–, que tiene en Hobbes su teórico más insigne. Basándose en el presupuesto cultural y antropológico que halla sus raíces en el *cogito* cartesiano –es decir, la idea de la autopercepción del sujeto en cuanto individuo que se construye una identidad independientemente de los otros y del tejido de relaciones–, Hobbes defendió la idea prototípicamente iusnaturalista según la cual todos los hombres naces libres, iguales e independientes[68]. Para decirlo con el propio Hobbes: el Estado moderno se rige sobre la hipótesis de que todos los hombres vienen al mundo de manera imprevista como hongos, desde la tierra, ya adultos, sin ningún tipo de obligación recíproca[69]. Conforme a esta aproximación, la libertad, fuera de constituir un axioma, es *el* modo de manifestación de la independencia humana, la cual excluye relaciones y vínculos. Unas y otros sólo nacerían en virtud de actos voluntarios o contratos[70]. La sociedad deviene un fruto ulterior y eventual de un acto libre de voluntad (un *contrato*) celebrado entre individuos libres, independientes e iguales. Los derechos naturales gozan, por ende, de

64. Así, Cosseddu, 2012: 45. Análogo Mayer, 2015: 209, cuando afirma que para tratar el Derecho en sí es necesario situar en el centro la idea de comunidad, sin que eso nos lleve «a olvidar a los hombres concretos, que no son átomos de la vida social, sino fuerzas eficientes de la misma; […] factor de realización y no de disolución de la vida social».
65. Pizzolato, 2013: 201; Pizzolato, 2007: 215.
66. Millas, 2009: 180.
67. Mounier, 2014: 59.
68. Pizzolato, 2012: 111.
69. Hobbes, 1948: 205.
70. *Ibid.*, ejemplo, Italia) es consideradoersas manifestaciones jura le atribuyello, Bologna, 2016, 213.la pertenencia a colectividades in 90 y ss.

una formación autónoma, racional y abstracta y, en cuanto tales, lógicamente anteriores al mismo fenómeno jurídico, que es rigurosamente social y esencialmente voluntario.

Desde esta perspectiva, por paradójico que parezca, los derechos son anteriores a la sociedad y, por tanto, asumen una vocación absoluta, es decir, no aceptan en ningún caso las limitaciones o mediaciones que emergen de las relaciones sociales[71]. El *Leviatán*, que asume la incapacidad humana de establecer una convivencia, entra en escena precisamente para imponer a los individuos la inmunización de la relación con el otro. Sólo en estos términos resulta posible la vida y la seguridad. Como se sabe, es precisamente sobre esta base filosófica sobre la que se erigen aquellos ordenamientos que reducen al mínimo los «deberes positivos», toda vez que constituirían límites externos que relativizarían esferas de libertad por esencia inviolables.

Pues bien, el personalismo rechaza de plano este universo conceptual. El carácter absoluto que se atribuye a la libertad es factible sólo a través de una construcción artificial y racionalista que prescinde de sus raíces. Los seres humanos no emergemos de la tierra de manera imprevista y ya adultos. Para decirlo de manera más gráfica: «yo no soy en lo absoluto un cogito aéreo y soberano, librado en el cielo de las ideas, sino un ser doliente […]: yo soy un *yo-aquí-ahora-así-entre* entre *estos-hombres* con este pasado»[72].

A la inversa, el personalismo parte de una premisa en que la dignidad –esta sí de carácter natural y originario– se basa en la intrínseca debilidad y fragilidad de la persona humana. Lejos de ser iluministamente concebida en términos de autonomía individual o en clave de autodeterminación –lo cual, si se expresa exclusivamente con el lenguaje de derechos, se excluiría tratándose de sujetos incapaces de elección–, la dignidad comporta el reconocimiento del otro como parte de sí mismo. El modo en que la dignidad se sustancia implica conjugar la libertad con la responsabilidad hacia el otro. Diversamente a lo sostenido por Hobbes, la pertenencia a una comunidad es un elemento constitutivo y estructural de la identidad humana, no un dato accidental o accesorio de tipo voluntario. Si bien cuando el *individuo* deviene *ciudadano* «se introduce una condición normativa basada en las reglas de la autonomía y la autorresponsabilidad, (…) no olvida el carácter contingente de su existencia y, especialmente, la siempre presente accidentalidad o carácter fortuito de lo que pueda suceder con su interés vital más elemental, de modo que carece de sentido que renuncie a protegerse de los acontecimientos puramente casuales, no reconducibles a la esfera de responsabilidad de otro»[73].

La dignidad humana, la concreta espiritualidad de cada individuo –en definitiva, la esencia de lo que somos–, no se realiza únicamente en la soledad querida, sino también en la soledad que se resiste; es decir, no sólo viéndonos a nosotros mismos, sino en la confrontación con otros. La individualidad perfecta se verifica a partir de la conjugación de lo propio con lo extraño. Parafraseando a Millas: «En el personalismo

71. Pizzolato, 2007: 217.
72. Pizzolato, 2007b: 45, con cita a Mounier.
73. Así, Robles, 2014: 96; Pizzolato, 2007b: 53; Pizzolato, 2007: 218.

[…] el hombre necesita de los demás individuos, ora para reducir su soledad, ora para acrecentar la plenitud de su conciencia mediante la entrega generosa, que es un modo de dilatar la existencia, y darle al propio ser un sentido moral»[74].

Por lo demás, el hecho de que la dignidad se estructure a partir de la natural sociabilidad y politicidad de la persona, es una conclusión que halla respaldo en contundentes estudios antropológicos, psiquiátricos y de filosofía jurídico-penal. Del aislamiento de la sociedad humana se pueden generar graves disturbios psicopatológicos, prueba de lo cual es que una porción considerable de los sujetos psicológicamente anormales es asocial o derechamente antisocial[75]. Según la óptica antropológica personalista, por el contrario, la identidad humana –*situada*, es decir, inserta en un sistema estructurado y solidario de relaciones sociales– se construye sólo en la relación social con el otro, en la pertenencia histórica y arraigo cultural. La identidad humana, por lo tanto, no emerge de la nada, sino que es una conquista que se obtiene precisamente a partir de la relación con otras personas. Esto, que vale también para individuos aparentemente fuertes, independientes y autosuficientes, permite sostener la existencia de una suerte de deuda –una «deuda antropológica», si se quiere– respecto de las distintas articulaciones de la comunidad, comenzando por la familia. En otras palabras, no es la autonomía o la independencia lo que caracteriza al ser humano, sino, al contrario, su estructural dependencia o interdependencia[76].

Con herramientas conceptuales afines, las consecuencias generales del personalismo presentan notables puntos de contacto con lo que ha sido planteado, desde la Filosofía del Derecho penal, por Antony Duff y su idea del «comunitarismo liberal»[77]. Si el Derecho penal proveería la estructura institucional dentro de la cual los perpetradores de males públicos pueden ser llamados a responder por éstos, esto sólo es posible si puede afirmarse que los llamados a responder y los que hacen ese llamado *pertenecen* a una comunidad normativa[78]. En la terminología de Duff, esto sólo podrá ocurrir en la medida que se satisfagan copulativamente las llamadas dos precondiciones morales, a saber, la existencia de un deber de obedecer el Derecho y la presencia de un tribunal con legitimidad suficiente para conducir dicho proceso[79]. Después de todo, como plásticamente lo ha explicado el autor, un juicio penal –la manifestación más pública del proceso de criminalización– no es simplemente una instancia de asignación de un

74. Millas, 2009: 151 y ss. y 180-181.
75. A una lectura análoga llegó el idealismo trascendental alemán. Así Guzmán, 2016.
76. Pizzolato, 2007: 217-219; Pizzolato, 2007b: 45. Como sostiene la filósofa Carla Cordua, editora de la obra de Millas citada precedentemente, la individualidad en sentido personalista «no es un don natural que se recibe de regalo, sino, al contrario, una tarea ardua, difícil de alcanzar en cada caso y amenazada por todos lados en el mundo de la masificación moderna» (véase, *Prólogo*, en Millas, 2009: 11). Esta tesis la expone el propio autor (véase, 34) cuando afirma que «[l]a individualidad es un drama; no está jamás hecha de un modo definitivo; se hace continuamente».
77. Así, Duff, 2001: 36-39.
78. Duff, 2020: 168. La cursiva es nuestra.
79. Duff, 2014: 5 y 7.

castigo, sino un proceso (*lato sensu*) a través del que un presunto culpable es llamado a responder («rendir cuentas»), sea declarándose inocente o u ofreciendo una defensa que exculpe, sea aceptando la condena que la declaración de culpabilidad expresa[80].

Este andamiaje debiese conducir a preguntarnos, en primer término, bajo qué condiciones alguien tiene una obligación genuina de obedecer el Derecho y, en seguida, cuáles son las condiciones que debe satisfacer un tribunal –y aquellos a quienes representa– para tener un estatus moral que le permita llamar a alguien a rendir cuentas. Ambas inquietudes (en definitiva, las *preconditions of liability*, en la expresión de Duff) hallan en la noción de comunidad una posible respuesta, pues si acusado está vinculado a sus leyes y las quebranta tendrá que responder –tribunales mediante– ante el resto de los miembros de la comunidad. Solo en esos términos el proceso penal adquiriría sentido[81]. Éste debe enmarcarse al interior de una comunidad lingüística y normativa, y también un orden sustantivo en común[82]. El acusado y los otros participantes no profesionales deben poder entender –por sí o a través de los profesionales del Derecho– el lenguaje de la ley para participar en el juicio; el imputado tiene que poder entender que la conducta por la que es acusado trasgrede un valor a la luz de la cual su conducta es considerada delito[83].

Así, la comunidad liberal de Duff estaría compuesta por ciudadanos autónomos y libres, los cuales toman parte de la «empresa cívica compartida» consistente en la satisfacción de las mentadas precondiciones[84]. Obviamente, este esquema supone concebir el juicio penal, en tanto práctica del Derecho penal, de cierta manera. Específicamente, rechazar que el juicio penal sea solo la investigación *sobre* un acusado, donde éste no desempeña un papel activo, y adherir, en cambio, a una lectura del mismo donde éste tiene un papel que desempeñar. La condena, a su vez, no es solamente un juicio sobre el acusado de cometer un crimen: es un juicio hecho *para* él, condenando su conducta, un proceso racional de comunicación en que el acusado está involucrado activamente, esto es, como un ciudadano responsable que puede responder ante una acusación penal[85]. Si bien una aproximación superficial lleva a pensar que esto supondría una primacía –metafísica y normativa– del *nosotros* frente al *yo*[86], atentamente examinada no es así: sólo se está partiendo de la premisa que una vida compartida sólo puede estar

80. Duff, 2020: 172-173 y 176.
81. Duff, 2014: 8.
82. Duff, 2020: 174. Sobre los distintos problemas que plantea el alcance de ese «nosotros», véase 180 y ss. La sugerencia de Duff es incluir «a todos los miembros de la comunidad política dentro de la cual los crímenes son cometidos, quienes reconocen a las víctimas como miembros de la misma omunidad, cuyos males deben ser compartidos», y no, en cambio, «un "nosotros" tran grande como la humanidad entera, o la esfera de los agente morales, dado que ello no explicaría la existencia de sentimientos más locales», ni «tan limitado como las víctimas directas del delito en cuestión, o sus familiares y amigos».
83. Duff, 2014: 9..
84. Así, Mañalich, 2017: 182.
85. Duff, 2014: 5-6.
86. Duff, 2001: 51 y ss.

compuesta por «individuos en comunidad», esto es, por «individuos que ya se reconocen a sí mismos como viviendo en comunidad con otros»[87].

De este modo –como ha sido agudamente sintetizado– liberalismo y comunitarismo formarían parte de una misma familia[88]. Una comunidad liberal como la propuesta por Duff es una cuyos miembros muestran un compromiso práctico con la sustentación de una forma de vida que realiza los valores de la autonomía, la libertad y privacidad, todo lo cual permite que el lenguaje del Derecho penal se constituya en un lenguaje que los ciudadanos de esa comunidad política reconozcan como uno que habla su propia voz[89].

Las similitudes del comunitarismo liberal con el personalismo quedan todavía expuestas si se considera que otra dimensión de su planteamiento. Conforme ha sostenido Duff, los males públicos son nuestros males como ciudadanos, es decir, males *materialmente* públicos. Esto último es más evidente tratándose de ilícitos de puesta en peligro general y de daño ambiental o de ilícitos que amenazan a instituciones públicas, pero es igualmente así en aquellas conductas dañosas que tienen a los individuos como sus víctimas directas, ya que cuentan como «nuestros» males porque violan nuestros valores públicos, y porque los compartimos con la víctima. En forma análoga, si nuestra preocupación por la víctima como nuestro conciudadano hace que aquellas infracciones sean asunto nuestro, lo mismo sucede cuando reconocemos al malhechor como nuestro conciudadano. Para sintetizarlo con el propio Duff: «lo que es hecho por uno de nosotros, cuando incide en nuestros valores compartidos, es asunto nuestro»[90].

Esta idea de comunidad lingüística y normativa exige que exista acuerdo sobre la forma de vida. Un lenguaje en común es uno en que podamos estar de acuerdo y también en desacuerdo; es decir, la vida compartida necesaria tiene que ser consistente con amplias diferencias en modos de vida particulares. Un ejemplo: se podrá estar en desacuerdo respecto del sentido y alcance que la ley atribuye al robo o al homicidio, así como también sobre el alcance extralegal de estos conceptos y su implicancia legal. Sin embargo, estos desacuerdos tienen sentido porque antes estamos de acuerdo en una amplia cantidad de circunstancias en que –con plena certeza y sin controversia alguna– estos conceptos deberían aplicarse[91].

De todo anterior se desprende, en consecuencia, que desde la tradición personalista –y, así, también desde otras aproximaciones, como el comunitarismo liberal– el Derecho sea concebido como el «lugar» en que se desarrollan relaciones humanas[92]. De hecho, la vida cotidiana es una fuente de ejemplos que confirman la fuerte presencia del Derecho en cuanto disciplina abstracta de *relaciones.* El carácter abstracto de la ley,

87. Repara en esto último, Mañalich, 2017: 183.
88. Con matices, Gómez, 2018: 12.
89. Mañalich, 2017: 181-183.
90. Duff, 2020: 184.
91. Duff, 2014: 11-12.
92. Los pilares fundamentales del modo en que personalismo y Derecho interactúan, fueron lúcidamente sintetizados por Mounier, 2014: 149-153, a propósito de lo que él denominó «teoría personalista del poder».

por su parte, demuestra de manera inequívoca que el Derecho no puede ser reducido a una separación entre lo que es «tuyo» y lo que es «mío». De hecho, la abstracción de la ley –que, por su parte, constituye el principio basilar de una técnica legislativa medianamente razonable– no hace sino que confirmar que éste no es otra cosa que un instrumento mediante el cual reconocemos al otro, asegurando de ese modo una convivencia pacífica. Desde el momento que el «Derecho no está hecho para mí o para ti, sino para todos los hombres», la abstracción de la ley permite que tengamos una suerte mínimamente común[93].

Desde una perspectiva más específica, precisamente con base a este planteamiento ha sido propuesto una relectura absoluta del Derecho penal. Basta considerar las consecuencias dogmáticas que tendría la redefinición del delito como, por ejemplo, «negación del diálogo sobre el que se erige la sociedad» o «modo mediante el cual un ser humano elige –visto desde la comunidad a la que pertenece– la anomia o la soledad». Si algo así ocurriese, una parte considerable de los conceptos penales –piénsese tan sólo en las modalidades que asume la pena o en el proceso penal en su conjunto– deberían experimentar un replanteamiento. Es precisamente lo que pasa, por ejemplo, con la noción de justicia restaurativa –visto por algunos cual versión moderada del paradigma penológico de la rehabilitación– cuyas versiones más sofisticadas se han mantenido lejos de cualquier aspiración de perfeccionismo estatal, procurando en cambio ofrecer «un tratamiento distinto de los conflictos sociales y una toma de consciencia del daño producido por parte del delincuente»[94].

Más allá de estas consideraciones, lo que interesa destacar es la incompatibilidad entre la solidaridad institucionalizada y un Derecho así concebido. Aquélla, en efecto, hace posible que se haga el bien a los demás aún manteniendo una posición de fuerza, una relación vertical que va del fuerte al débil, consolidando o pudiendo consolidar una relación que puede ser funcional, precisamente, a la conservación de esa disparidad[95].

Para demostrar esta incompatibilidad es sumamente instructivo el concepto que de humanidad, cual idea del Derecho, delineó Max Ernst Mayer: «la humanidad consiste en romper mentalmente todas las vinculaciones de los hombres a las sociedades históricamente dadas, para no admitir más que la pertenencia a la sociedad humana o, como también suele decirse, no atribuir ningún valor a las condicionalidades en que consiste la existencia de todo ser social, y reconocer el máximo valor a la dignidad de la persona en cuanto tal. La humanidad proclama y exige el hombre en sí»[96].

Se trata, por cierto, de un concepto del que se pueden extraer numerosas consecuencias. Para los objetivos de esta contribución, sin embargo, basta destacar que la mera referencia a la «pertenencia a la sociedad humana» y, sobre todo, la alusión al «ser social», es suficiente para dar cuenta de la afinidad existente entre la humanidad

93. Cosseddu, 2012: 27-28.
94. Así, Torres, 2019: 170-171.
95. Así, Baggio, 2007, 21-22; Baggio (2020).
96. Mayer, 2015: 190-191.

y el Derecho concebido en sentido personalista. Es más, se puede advertir que esta conjetura es advertida por el propio Mayer cuando afirma que el respeto y la bondad son presupuestos del actuar humano a través del cual se alcanza la humanidad como idea del Derecho[97]. Esto explica, además, cómo dicha proximidad a uno de los valores centrales del personalismo jurídico, la «fraternidad», valor que presenta notables diferencias frente a la solidaridad vertical o institucional.

La fraternidad, a veces denominada «solidaridad horizontal», exige una relación horizontal, el intercambio de bienes y poderes; tiene una capacidad crítica radical, que empuja hacia la ayuda recíproca entre sujetos distintos pero iguales en dignidad[98]. No obstante el hecho que la solidaridad pueda suponer la adhesión a un propósito ajeno –el cual, sin embargo, es siempre contingente– no expresa simpatía y la consideración hacia el otro. Por eso una vez institucionalizada tiende a la burocratización y a la deshumanización[99].

El modo en que la fraternidad –cuyas raíces religiosas son incontrastables[100]– se avecina al mundo del Derecho se concreta mediante la interpretación de éste como un instrumento para ordenar las relaciones sociales. De este modo, el Derecho entra en una relación dialéctica con todos los recursos que, al interior de la sociedad, contribuyen a ordenar las relaciones según una idea de bien común; entre éstas se hallan, precisamente, los comportamientos inspirados en la fraternidad. Este valor, por ende, opera como un instrumento de reconocimiento público de comportamientos y ligámenes que –si bien no totalmente «juridificados» o «juridificables»– confieren consistencia a la relación social y ofrecen al ordenamiento jurídico una infraestructura esencial sobre la cual regirse[101].

La lógica que inspira al principio de fraternidad es el convencimiento en torno al carácter originario, para la persona, del vínculo con otros. La fraternidad parte del siguiente presupuesto: ser (como) hermanos. Eso supone, obviamente, rechazar una concepción del Derecho inspirada en el aislamiento de individuos que están a la defensiva[102]. A diferencia de lo sostenido por Hobbes, en el origen hay un «vínculo», presupuesto indispensable de la libertad. El ordenamiento inspirado en la fraternidad tiene su origen no a partir de un «yo» aislado y ya perfecto que luego, obedeciendo a una voluntad cambiante, decide abrirse hacia los otros. Todo lo contrario. Parte de

97. Mayer, 2015: 209-210 donde sostiene: «amo y criado, maestro y discípulo, hombre y mujer, incluso la amistad: todas estas comunidades, como cualesquiera otras, no son más que un completarse, una comunidad pasajera de intereses, si en su interior no impera el respeto a la humanidad».
98. Baggio, 2007: 21-22.
99. Guzmán, 2016, 28.
100. Lo que por cierto no representa un obstáculo que le impida devenir, luego, en concepto jurídico. En contra, Squella, 2018: 11. Sobre el particular, véase Mattioni, 2007: 25 y Guzmán, 2016: 25 (nota 13), donde fuera de objetar las reservas de Bobbio contra la fraternidad precisamente en este sentido, ofrece ejemplos elocuentes al respecto.
101. Pizzolato, 2013: 200-201.
102. Rasgos característicos, por cierto, de la sociedad burguesa occidental entre los siglos XVIII y XIX. Véase, Mounier, 2014: 58-59.

un «yo» que se percibe y constituye dentro de una trama de relaciones con otros «tu» que lo acogen y acompañan en el curso de la vida. Al interior de esta red, donde el hombre desarrolla su personalidad y encuentra fundamento la articulación de formaciones sociales e instituciones, fluye la fraternidad[103]. El reconocimiento jurídico de las formaciones sociales cual espacio en que se verifican relaciones fraternas es un claro ejemplo del modo en que la solidaridad pública o vertical –característica del llamado Estado social– se alimenta de la fraternidad, en la cual halla un aliado y complemento necesario. Es más, incluso desde posturas que atribuyen importancia a la dimensión intersubjetiva de la solidaridad, se afirma que eso no significa negar el papel que podría desempeñar el Estado en la distribución institucional del infortunio. Como certeramente ha afirmado Robles al respecto, si el otro «co-define mi propia identidad (…) ambos como miembros de una comunidad en la que se persigue la realización del ideal de justicia, entonces la distribución de los bienes en caso de necesidad es justa si su *telos* simplemente concuerda con la virtud de la solidaridad, cuya imposición coactiva por parte del Estado sería expresión de la importancia del compromiso colectivo por alcanzar la "buena vida" en el más puro sentido aristotélico del término»[104].

Esa es la lógica presente en los Estados inspirados en el principio de subsidiariedad, concebido no como «alternativa o contraposición entre la acción pública (institucional) y acción privada (social)», sino como «el reconocimiento de la estructural y recíproca incompletitud entre sociedad e instituciones»[105]. El ordenamiento jurídico presupone una esfera de comportamientos y relaciones fraternas y la invoca como la necesaria sustancia ético-relacional; simultáneamente, éste busca institucionalizar dicha esfera, aunque en medida parcial, de modo de no vaciar la motivación, sino promover su importancia pública.

Cuando se verifica la incidencia de la fraternidad en el ámbito jurídico, el Derecho se enriquece desde el punto de vista de sus funciones. De mero instrumento de coordinación entre esferas de autonomía, deviene un medio a través del cual las contradicciones entre libertad e igualdad se resuelven o, al menos, se controlan[106].

Desde el momento que la fraternidad parte de la premisa de la necesidad de la relación humana –y, sobre todo, al materializarse en actos concretos– no hay mayores obstáculos para considerarla como la humanidad puesta en acción. Según Mayer, la

103. Pizzolato, 2013: 204.
104. Así, Robles 2014: 95 y 97.
105. Pizzolato, 2012: 50-60; Pizzolato, 2013: 205. Ciertamente no es mi propósito sacralizar la fraternidad en tanto concepto político. Ésta, en cambio, debe asumir la deformación de la que fue objeto una vez que ingresó en la arena política. La hostilidad histórica de los revolucionarios franceses contra las formaciones sociales hizo que la fraternidad deviniese un instrumento de sostén del Estado a favor de ciudadanos indigentes, impidiendo la formación de espacios públicos autónomos e independientes, los cuales, al contrario, eran merecedores de la sospecha de reforzar la pertenencia a colectividades intermedias en desmedro de la colectividad nacional. Véase, Baggio, 2012: 3-18 (particularmente 9 y ss., donde describe la «fraternidad giacobina»); Domènech, 2013: 14-23; Massa Pinto, 2011: 7 y 25; Ozouf, 1988: 657-666; Pizzolato, 2007: 226.
106. Squella, 1989: 262.

humanidad no es la finalidad del Derecho, sino «la idea del Derecho». Esto significa que, en tanto *idea*, no es fácticamente alcanzable, sino sólo susceptible de ser pensada[107]. Esta característica, en cambio, es propia de los «ideales», es decir, de los motivos que inspiran la acción concreta de los seres humanos y que, en el planteamiento de Mayer, se traducen en los valores culturales[108]. Análogamente a la relación que se verifica entre lo divino y lo humano –o entre la idea y la realidad–, así se manifiesta el contraste entre la humanidad y los valores culturales.

Pues bien, con base al concepto de humanidad es posible sostener que la fraternidad, toda vez que resta inmune a ambiciones de predominio, devenga un «subproducto de la humanidad» o su «lógica consecuencia»[109]. De hecho, el propio Mayer sostuvo que la humanidad, en tanto idea del Derecho, sólo es alcanzable en la medida que los seres humanos actúen con respeto y bondad recíprocas[110].

Un Derecho de cuño personalista niega el carácter absoluto de los derechos. Esta máxima –lógica consecuencia, a su vez, del rechazo de la tesis del carácter apriorístico de la libertad– tiene como punto de partida el reconocimiento de un continuo intercambio entre derechos y las exigencias sociales. Desde el momento que la sociedad deja de ser concebida como un conjunto de sujetos yuxtapuestos, sino una comunidad llamada a realizar una vida en común, el conflicto deviene parte del Derecho mismo. Esto permite entender, por lo tanto, cómo la ponderación constituye parte de la fisonomía del conflicto de derechos y, al mismo tiempo, una oportunidad privilegiada de materialización del personalismo y la fraternidad. Dicho en otros términos, el espacio en que tiene lugar la composición fraterna de los derechos[111].

Se trata, eso sí, de una ponderación que no es neutral. Esto vale tanto para la ponderación que desarrolla el legislador –o, llegado el caso, el juez constitucional–, como el juez ordinario que debe decidir un caso de estado de necesidad u omisión del deber de socorro. Más allá de las evidentes diferencias metodológicas de la ponderación desarrollada por unos y otros –piénsese en la abstracción, alcance y efectos jurídicos concretos que de ellas emanan–, en ambos casos ésta se inclina a favor de la parte débil del conflicto, reflejando precisamente una lectura de la dignidad en clave de fragilidad y debilidad. En estos términos, a la luz de la libertad individual, los mecanismos legislativos y jurisdiccionales de la ponderación miran a evidenciar las razones de la comunidad –sus normas de cultura, si se quiere– y, dentro de éstas, las razones del

107. Si la humanidad fuese realizable en términos fácticos –sostiene– habrían terminado las guerras y, en general, todas las enemistades internacionales. Precisamente por eso el autor considera que el pacifismo es un buen ejemplo de confusión entre «idea» e «ideal». Véase Mayer, 2015: 201-202.
108. Mayer, 2015: 194-196.
109. Guzmán, 2016: 28.
110. Mayer, 2015: 208-210.
111. Pizzolato, 2007: 224-225; Pizzolato, 2007b: 51-52. De ahí que se relativice que el llamado principio del interés preponderante sea una manifestación de algo así como un colectivismo utilitarista. Latamente, Castillo, 2020: 81.

necesitado o socorrido[112]. Esta conclusión, de paso, permite corregir el espacio que se suele atribuir a la «adecuación de la acción» en materia de causas de justificación, pues permite interpretarla como una invitación a apreciar objetivamente las circunstancias personales de los sujetos involucrados en la situación concreta o como un modo adicional de asegurar la obligación del juez de constatar que la dignidad humana no se ha lesionado en el caso concreto[113]. Darle, en cambio, el sentido que una respetable doctrina le atribuye –esto es, una oportunidad para valorar la modalidad de la lesión o del ataque[114]–, supondría infiltrar el llamado «ilícito personal», partiendo en dos el juicio de antijuridicidad, que es de carácter general y objetivo.

6. CONCLUSIONES

Los puntos de contacto entre el concepto de solidaridad y Derecho penal trascienden el ámbito con que dicho concepto ha captado nuevamente la atención de la doctrina penal contemporánea (fundamento del estado de necesidad o el castigo de la omisión de socorro). Los puntos de partida de estas teorizaciones, sin embargo, suelen soslayar el ambiguo, equívoco y hasta zigzagueante significado que en diversos momentos de la historia reciente ha tenido dicha noción, como también la íntima relación que existe entre ella y el régimen político que la esgrime como idea legitimadora de tipos e institutos penales en general.

La omisión antes individualizada sería uno de los problemas que exhibiría la lectura más robusta sobre la solidaridad –la teoría institucionalista–. Por ejemplo, a propósito del fundamento del estado de necesidad, eso explica que no repare del todo sobre los inconvenientes dogmáticos que supone concebir este instituto en términos rigurosamente interpersonales. Estos problemas se explican a partir del andamiaje político sobre el cual esta aproximación se erige y el concepto de Derecho que produce. Dicho andamiaje y concepto, sin embargo, podrían experimentar una corrección desde una lectura del Derecho como un *lugar* de relaciones humanas, la cual es perfectamente compatible con la tradición personalista –enriquecida, asimismo, desde otras aproximaciones de Filosofía del Derecho penal, como el comunitarismo liberal de Duff–, y uno de sus conceptos eje: la fraternidad.

Tomar en consideración este tipo de premisas, en fin, tiene un innegable valor metodológico, pues enriquece y complejiza de por sí la tarea interpretativa. Independientemente de la teoría sobre la solidaridad a que se adhiera (o, al menos, estar prevenido de sus problemas, como intentó demostrar esta contribución) condiciona al

112. De nuevo, Pizzolato, 2007: 225; Pizzolato, 2012: 120-146.
113. Lo cual puede ser problemático desde la máxima de la interpretación útil en aquellos ordenamientos que ya prevén a nivel constitucional el respeto incondicionado de la dignidad humana (así, Alemania). Véase, Fornasari, 2016: 213.
114. Así, Fornasari, 1997: 35.

dogmático a afrontar el instituto de que se trate de manera sistemática; teniendo en consideración el conjunto de normas que, fuera del Derecho punitivo, reconocen valores o principios que podrían contribuir a una (más) correcta interpretación de las normas penales. Así, la actividad dogmática se volverá más exigente, puesto que el conocimiento acabado de la norma penal deberá necesariamente conjugarse con conocimientos que están a cargo –por así decirlo– del mundo laico, lo cual confirma que el Derecho penal no ha de ser concebido como un instrumento para reafirmar valores, sino un programa que mira a la propia realidad social y humana que regula.

BIBLIOGRAFÍA

Alcácer, R., (2000). «Autonomía, solidaridad y deber de socorro (un apunte histórico)», *ADPCP*, 8: 361-411.

Baggio, A.M., (2007). «La riscoperta della fraternità nell'epoca del Terzo '89», en A.M Baggio (Ed.), *Il principio dimenticato Il principio dimenticato*, Roma: Città Nuova, 7-23.

Baggio, A.M. (2020). «Fraternità o solidarietà? Il ritorno di un dibattito antico», en *Nuova umanità,*http://nuovaumanita.cittanuova.it/contenutoNUnews.php?idContenuto=333563, (Último acceso 10/10/2020).

Baggio, A. M., (2012). «La fraternidad como categoría política», en A.M Baggio, A. Cosseddu, A. Márquez, *Fraternidad y justicia*, Granada: Comares, 3-20.

Baldó, F., (1994). *Estado de necesidad y legítima defensa. Un estudio sobre las «situaciones de necesidad» de las que derivan facultades y deberes de salvaguarda*, Barcelona: Bosch.

Baurmann, M., (2002). «Solidarietà come norma sociale e costituzionale», en K. Bayertz, M. Baurmann y una introducción de P.P. Portinaro (Ed.), *L'interesse e il dono. Questioni di solidarietà*, Torino: Edizioni di comunità, 55-106.

Bayertz, K., (2002). «Il concetto e il problema della solidarietà», en K. Bayertz, M. Baurmann y una introducción de P.P. Portinaro (Ed.), *L'interesse e il dono. Questioni di solidarietà*, Torino: Edizioni di comunità, 3-53.

Bettiol, G., (1966). *Scritti giuridici*, I, Padova: Cedam, 1966.

Borgonovo Re, D., (2015). «I doveri inderogabili di solidarietà», en Vv.Aa, *Diritto inviolabili, doveri di solidarietà e principio di eguaglianza. Una introduzione*, Torino: Giapicchelli, 53-111.

Bouzat A., Cantaro, A., Navarro, P., (2007). «El fundamento jurídico de un derecho de necesidad», en *Revista Discusiones*, 7: 113-154.

Castillo, J.P., (2020). «La justificación supralegal como un problema de interpretación: una propuesta de solución frente a una restricción legal», en J.L Guzmán y A. Zúñiga (Eds.), *Delito, naturaleza y libertad*, Valencia: Tirant lo Blanch: 65-106.

Caterini, M., (2015). «Perfiles de derecho penal del *fraternalismo* liberal-solidario», en *Revista de Derecho penal y Criminología (Buenos Aires)*, 6: 109-135.

Coca, I., (2016). *La colisión de deberes en Derecho penal. Concepto y fundamentos de solución*, Barcelona: Atelier.

Cosseddu, A., (2012). «El horizonte del Derecho "lugar" de las relaciones», en A.M Baggio, A. Cosseddu, A. Márquez, *Fraternidad y justicia*, Granada, Comares: 21-54.

Cornacchia, L., (2013). «Competenze ripartite: il contributo dei criteri normativi alla individuazione dei soggetti penalmente responsabili», en *Ind. pen.,* 2: 247-275.

Dahm, G., (2013). «Derecho penal nacionalsocialista y fascista», en *Revista de Derecho penal y Criminología* (Buenos Aires), 6: 243-256.

Cortina, A., (2016). *Ética sin moral*, Madrid: Tecnos.

de Rivacoba, M., (1993). *Función y aplicación de la pena*, Buenos Aires: Depalma.

Dolcini, E., 1979: *La commisurazione della pena. La pena detentiva*, Padova: Cedam.

Domènech, A., (2013). «La metáfora de la fraternidad republicano-democrática revolucionaria y su legado al socialismo contemporáneo», en *Revista de Estudios Sociales*, 46: 14-23.

Duff, A., (2001). *Punishment, Communication and Community*, New York: Oxford University Press.

Duff, A. (2020). «Responsabilidad, ciudadanía y Derecho penal», en Duff, A., y Green, Stuart P., (Eds.), Madrid: Marcial Pons, 167-195.

Duff, A. (2014). «La ley, el lenguaje y la comunidad: Algunas Pre-Condiciones de la Responsabilidad Penal», en *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, 15, 1-16.

Fornasari, G., (2016). «Il dilema etico del male minore. Una lettura penalistica dei temi della «carrellologia»», en M. Mantovani, F. Curi, S. Tordini, V. Torre, M. Caianello (eds.), *Scritti in onore di Luigi Stortoni*, Bologna: Bononia Press: 205-218.

Fornasari, G., (1997). «Diritto giurisprudenziale e cause di giustificazione nell'esperienza tedesca», en G. Fiandaca (Ed.), *Sistema penale in transizione e ruolo del diritto giurisprudenziale*, Padova: Cedam, 21-54.

Frisch, W., (2016) «Derecho penal y solidaridad», en *InDret*, 1: 1-24.

Giuffrè, F., (2006). «Solidarietà», en S. Cassese (Ed.), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano: Giuffrè, 5624-5629.

Giuffrè, F., (2007). «Il rilievo giuridico della fraternità nel rinnovamento dello Stato sociale», en A. Marzanati, A. Mattioni (Eds.), *La fraternità come principio di diritto pubblico*, Roma, Città Nuova: 101-126

Giuliani, U., (1970). *Dovere di soccorso e stato di necessità*, Milano: Giuffrè.

Gómez, J., (2018). «La filosofía del Derecho penal como marco para la conexión entre la filosofía política y las disciplinas penales», en *Indret*, 3: 1-33.

Guzmán, J.L., (2015). *Elementi di filosofia giuridico-penale,* Napoli: Editoriale Scientifica.

Guzmán, J.L., (2016). «Acerca del valor de la fraternidad en el Derecho penal», en *Revista de Derecho penal y Criminología* (Buenos Aires), 2: 23-34.

Hobbes, T., (1948). *Elementi filosofici sul cittadino* (De cive), al cuidado de N. Bobbio, Torino: Unione Tipografico.

Jakobs, G., (2013). «Principios y límites de la justificación», en *Revista Derecho Penal y Criminología* (Bogotá), 34, 97: 13-28.

Jakobs, G., (1991). *Strafrecht AT.*, Berlin-New York: Walter de Gruyter.

Mantovani, F., (2005). *Diritto penale. Parte speciale*, Padova: Cedam.

Manzini, V., (1981). *Trattato di diritto penale*, al cuidado de G. D. Pisapia y puesto al día por P. Nuvolone y G. D. Pisapia, II, Torino: Utet.

Mañalich, J.P., (2017). *Responsabilidad, autoridad y democracia una exploración crítica de la filosofía del derecho penal de Antony Duff*, en *Discusiones*, 17, 167-219.

Mattioni, A., (2007). «Solidarietà giuridicizzazione della fraternità», en A. Marzanati, A. Mattioni (Eds.), *La fraternità come principio di diritto pubblico*, Roma, Città Nuova: 7-43.

Massa Pinto, I., (2011). *Costituzione e fraternità. Una teoria della fraternità conflittuale: 'come se' fossimo fratelli,* Napoli: Jovene.

Merkel, R., (2000). «La Filosofía, ¿"convidado de piedra" en el debate del Derecho penal? Sobre la desatención de la dogmática penal a los argumentos filosóficos (y algunos equívocos generalizados a propósito de la cláusula de ponderación de intereses en el estado de necesidad: primer inciso del § 34 StGB)», en C.M. Romeo (Ed.) *La insostenible situación del Derecho penal*, Granada: Comares, 181-212.

Millas, J., (2009). *Idea de la individualidad*, Santiago: Ediciones UDP.

Mounier, E., (2014). *Il personalismo*, Roma: Editrice AVE.

Neumann, U., (2004). «Recensión [*Buchbesprechungen*] a *Der rechtfertigende Notstand. Zugleich ein Beitrag zum Problem strafrechtlicher Solidaritätspflichten* de Michael Pawlik, en *ZStW*, 216, 751-762.

Neumann, U., (2013). «Die rechtsethische Begründung des "rechtfertigenden Notstand" auf der Basis von Utilitarismus, Solidaritätsprinzip und Loyalitätprinzip», en A. von Hirsch, U. Neumann, U., Seelmann, K,, *Solidarität im Strafrecht*, Baden-Baden: Nomos, 155-174.

Novoa, E., (1984). *Fundamentos de los delitos de omisión*, Buenos Aires: Depalma.

Ozouf, M., (1988). «Fraternità», en F. Furet, M. Ozouf (Ed.), *Dizionario critico della rivoluzione francese*, Milano: Bompiani, 657-666.

Pawlik, M., (2002). *Der rechtfertigende Notstand*, Berlin-Nueva York: Walter de Gruyter.

Pawlik, M., (2010). *La libertad institucionalizada. Estudios de Filosofía jurídica y Derecho penal*, Madrid: Marcial Pons.

Pawlik, M., (2016). *Ciudadanía y derecho penal*, Barcelona: Atelier.

Pawlik, M., (2017). «Solidaridad como categoría de legitimación jurídico-penal: el ejemplo del estado de necesidad agresivo justificante», en *Revista de Estudios de la Justicia*, 27: 222-247.

Pawlik, M., (2019). *Confirmación de la norma y equilibrio en la identidad. Sobre la legitimación de la pena estatal*, Barcelona: Atelier.

Peces-Barba, G., (1991). *Curso de derechos fundamentales (I). Teoría general*, Madrid: Eudema.

Pisarello, G., (2013). «Solidaridad e insolidaridad en el constitucionalismo contemporáneo: elementos para una aproximación», en *Revista de Estudios Sociales*, 46: 86-97.

Piña, J.I., (2019). «La solidaridad como fuente de deberes. Elementos para su incardinación en el sistema jurídico-penal», en *Política criminal*, 14, 27: 242-276.

Pizzolato, F., (2007). *La fraternità nell'ordinamento giuridico italiano*, en A.M Baggio (Ed.), *Il principio dimenticato Il principio dimenticato*, Roma: Città Nuova, 211-226.

Pizzolato, F., (2007b). *Dal personalismo alla fraternità*: *fondamenti e condizioni per una solidarietà pubblica,* en A. Marzanati, A. Mattioni (Eds.), *La fraternità come principio di diritto pubblico*, Roma, Città Nuova: 45-60.

Pizzolato, F., (2012). *Il principio costituzionale di fraternità*, Roma: Città Nuova: 2012.

Pizzolato, F., (2013). «La fraternità come trama delle istituzioni», en *Aggiornamenti sociali*: 200-207.

Politoff, S., Bustos, J., Grisolía, F., (1992). *Derecho penal. Parte especial (Delitos contra el individuo en sus condiciones físicas)*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

Portinaro, P. P., (2002). «Introduzione», en K. Bayertz, M. Baurmann y una introducción de P.P. Portinaro (Ed.), *L'interesse e il dono. Questioni di solidarietà*, Torino: Edizioni di comunità, VII-XL.

Renzikowski, J., (1994). *Notstand und Notwehr*, Berlin: Duncker & Humblot.

Riverditi, M., (2010). «Dovere di solidarietà e protezione penale», en R. Cavallo Perin, L. Lenti, G.M. Racca, A. Rossi, (Eds.), *I diritti sociali come diritti della personalità*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 211-232.

Robles, R., (2013). «Deberes negativos y deberes positivos en Derecho penal», en *InDret*, 4: 1-21.

Robles, R., (2014). *Estudios de dogmática jurídico-penal*, Montevideo-Buenos Aires: BdeF.

Robles, R., (2010). «En los límites de la justificación. La colisión de intereses vitales en el ejemplo del derribo de aviones y de otros casos trágicos», en D. Luzón Peña (Ed.), *Derecho penal del Estado social y democrático de Derecho*. *Libro homenaje a Santiago Mir Puig*, Madrid: Thomson Reuters: 445-473.

Rodotà, S., (2014). *Solidarietà. Una utopia necessaria*, Bari: Laterza

Rossi, E., Bonomi, A., (2007). «La fraternità, tra "obligo" e "libertà"», en A. Marzanati, A. Mattioni (Eds.), *La fraternità come principio di diritto pubblico*, Roma: Città Nuova, 61-100.

Stammler, R., (1923). *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, Berlin-Leipzig: Walter de Gruyter.

Squella, A. (1989). «Libertad e igualdad. Las promesas cumplidas e incumplidas de la democracia», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, 6: 253-66.

Squella, A., (2018). *Fraternidad*, Valparaíso: Ediciones UV.

Silva, J-M., (2007). «Derechos de necesidad agresiva y deberes de tolerancia», en *Revista Discusiones*, 7: 25-56.

Silva, J-M., (1998). *Consideraciones sobre la teoría del delito,* Buenos Aires: Ad-Hoc.n de las condiciones existenciales fundamentales tema social orientadas a la estabilizaci a los ciudadanos. La idea central de e

Torres, I., (2019). «Concepto y concepciones del castigo y su incidencia en la asignación de responsabilidad penal», en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 41, 155-180. https://ojs.uv.es/index.php/CEFD/article/view/14996/pdf.

Tavares, J., (2004). *Bien jurídico y función en Derecho penal*, Buenos Aires: Hammurabi.

Varona, D., (2005). *Derecho penal y solidaridad*, Madrid: Dykinson.

van Weezel, A., (2014). «Solidaridad en el tráfico motorizado. El delito de omisión de auxilio en caso de accidente», en *Doctrina y jurisprudencia penal*: 191-204.

van Weezel, A., (2019). «Optimización de la autonomía y deberes penales de solidaridad», en *Política criminal*, 13, 26: 1074-1139.

si ripetono anche nella giustificazione deaboratore dello stato ificazione della fattispecie di omissione di soccorso che i soWilenmann, J., (2017). *La justificación de un delito en situaciones de necesidad*, Madrid: Marcial Pons.

Zaffaroni, R., (2017). *Doctrinal penal nazi. La dogmática penal alemana entre 1933 y 1945*, Buenos Aires: Ediar.

Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, (2022), *45*
e-ISSN: 2386-4702 | ISSN: 0214-8676

Condiciones para la apropiación privada legítima de bienes en la teoría de Locke. Efectos de la introducción del dinero sobre ellas y sobre la distribución de la propiedad

Conditions for the Legitimate Appropriation of Resources in Locke's Theory. Effects of the Introduction of Money on Them and on the Distribution of Property

Florencia Rodríguez Nasuti*

Autor:
lorencia Rodríguez Nasuti
Universidad Nacional de Córdoba, Argentina
frodrigueznasuti@hotmail.com
https://orcid.org/0000-0001-9494-3074

Recibido: 18-1-2020
Aceptado: 12-7-2021

Citar como:
Rodríguez Nasuti, Florencia (2022). Condiciones para la apropiación privada legítima de bienes en la teoría de Locke. Efectos de la introducción del dinero sobre ellas y sobre la distribución de la propiedad. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, *45*, pp. 161-187. https://doi.org/10.14198/DOXA2022.45.06

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

© Florencia Rodríguez Nasuti

Resumen

El presente trabajo tiene dos objetivos: por un lado, desarrollar las exigencias derivadas de las condiciones que Locke establece para justificar la propiedad privada de bienes y presentar los efectos que ellas tienen sobre la distribución de la propiedad privada. En especial, me centraré en las dos condiciones que garantizan que dicha apropiación no afecte a la situación de terceros: la condición de la suficiencia, la cual asegura que las personas no pierdan la oportunidad de apropiarse de algún bien, y la condición del no desperdicio, la cual garantiza que los bienes, una vez apropiados, no se echen a perder en manos de sus titulares. Con respecto a la distribución de la propiedad, se mostrará que las condiciones lockeanas evitan que se generen grandes controversias acerca de la distribución existente de recursos, ya que previenen la concentración de su propiedad en pocas manos y aseguran que todas las personas tengan la oportunidad de adquirir algún bien, por lo cual ellas no tendrán motivos para quejarse de las apropiaciones realizadas por otras personas. Por otro lado, mostrar los efectos de la introducción del dinero sobre las condiciones mencionadas y sobre la distribución de la propiedad que de ellas resulta, la cual es ampliamente desigual, explicar la estrategia utilizada por Locke para justificar dicha distribución, vinculada con el consentimiento dado por las personas para la introducción del dinero, y

* Agradezco especialmente las sugerencias y comentarios realizados por Hugo Seleme y Charles Beitz con quienes discutí este trabajo, que contribuyeron a mejorar y profundizar las ideas aquí presentadas; a los participantes del V Workshop de Ética, Derecho y Política realizado en la ciudad de Córdoba, Argentina, en el mes de agosto de 2019 y a dos evaluadores anónimos, quienes con sus observaciones y recomendaciones también ayudaron a enriquecer este trabajo.

por qué ella puede ser criticada, al resultar afectada la libertad de algunas personas, quienes pierden la oportunidad de apropiarse de algún bien.

Palabras clave: justificación de la propiedad privada; teoría lockeana; condición de la suficiencia; condición del no desperdicio; introducción del dinero.

Abstract

The present work has two main objectives: on the one hand, to develop the requirements derived from the conditions that Locke provides to justify private property of resources and to present the effects that they have on the distribution of private property. Particularly, I will focus on the two conditions that ensure that private appropriation does not harm the situation of others: the sufficiency condition, which guarantees that people do not lose the opportunity to appropriate some resource, and the spoilation condition, which ensures that goods, once they are appropriated, do not be wasted in the hands of their owners. With regard to the distribution of property, it will be shown that the Lockean conditions avoid major disputes over the existing distribution of resources, because they prevent the accumulation of their property in few hands and guarantee that all people have the opportunity to appropriate some resource, so that they will not have reasons to complain about other people's appropriations. On the other hand, to show the effects of the introduction of money on these conditions and on the distribution of property that results from them, which is widely unequal, to explain Locke's strategy to justify this distribution, which is linked to the consent given by people to the introduction of money, and why it can be criticized, since it affects the liberty of some people who lose the opportunity to appropriate some resource.

Keywords: justification of private property; Lockean theory; sufficiency condition; spoilation condition; introduction of money.

1. INTRODUCCIÓN

La justificación que Locke ofrece de la apropiación privada de bienes en el estado de naturaleza en su *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil* no se desentiende de los efectos que ella puede producir en otros. Es por eso que dicha apropiación debe satisfacer ciertas condiciones que impiden que se perjudique la situación de los demás miembros de la comunidad: la condición de la suficiencia y la condición del no desperdicio.

Esta justificación tiene implicancias en la distribución de la propiedad, al garantizar que todas las personas tengan la oportunidad de apropiarse de algún bien (condición de la suficiencia) y al exigir que la conservación de la propiedad dependa de que los bienes sean puestos en algún uso (condición del no desperdicio).

La introducción del dinero en el estado de naturaleza tiene efectos en las condiciones presentes en la justificación lockeana de la propiedad privada. Esto, a su vez, tiene consecuencias en la distribución de la propiedad. Se produce una distribución desigual de bienes, a la cual Locke considera legítima, en donde algunas personas pueden adquirir y mantener la propiedad de grandes cantidades, mientras que otras pierden la oportunidad de apropiarse de algún bien.

En este trabajo me centraré especialmente en lo que exigen las dos condiciones que Locke establece a fin de proteger la situación de los terceros y cuáles son los efectos que la introducción del dinero tiene sobre ellas. A su vez, mostraré las consecuencias que surgen a partir de dicha introducción sobre la distribución de la propiedad derivada de dichas condiciones, indicaré las razones que ofrece Locke para justificar dichas consecuencias y por qué ellas pueden ser criticadas.

En particular, con respecto a la condición de la suficiencia, explicaré su contenido y alcance y por qué Locke falla en mostrar que luego de la introducción del dinero ella cumple la finalidad pretendida al ser establecida, al resultar afectada la libertad de algunas de ellas, quienes pierden la oportunidad de apropiarse de algún bien.

Con respecto a la condición del no desperdicio, especificaré el tipo de uso de los recursos que ella requiere que realicen los propietarios para poder mantener la propiedad privada sobre ellos, lo cual no ha sido desarrollado en profundidad dentro de la filosofía política, y mostraré que la introducción del dinero no modifica lo que ella exige en relación al uso que debe darse a aquellos, aunque sí altera la distribución que se deriva a partir de la aplicación de dicha condición, ya que servía para evitar una gran acumulación de recursos en manos de una sola persona.

El trabajo será estructurado de la siguiente manera: en la primera parte abordaré las condiciones de la justificación lockeana de la propiedad privada, su contenido y sus efectos en relación a la distribución de la propiedad privada y en la segunda parte, desarrollaré los efectos que la introducción del dinero tiene en las condiciones mencionadas y, consecuentemente, en la distribución de la propiedad derivada de dichas condiciones.

2. JUSTIFICACIÓN DE LA PROPIEDAD PRIVADA EN LOCKE

Locke toma como punto de partida para desarrollar su justificación de la propiedad privada en su *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*[1], el estado de naturaleza previo a la formación del Estado, en el que los bienes pertenecían en común a todas las personas, quienes tenían un derecho igual de acceso. La pregunta que intenta responder es por qué una persona, a partir de dicho estado, está legitimada para adquirir unilateralmente la propiedad privada sobre alguno de tales bienes (Locke, II, 28).

La justificación de la propiedad privada ofrecida por Locke consiste en la satisfacción de ciertas condiciones: una de ellas positiva y las otras dos negativas. La condición positiva hace referencia al trabajo que una persona debe mezclar sobre un bien no poseído previamente por nadie para adquirir la propiedad. Las condiciones negativas

1. El *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil* integra su obra titulada *Dos Tratados de Gobierno* [*Two Treatises of Government*]. Las citas que realizaré a lo largo del trabajo acerca del *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil* y las distintas secciones en que este se encuentra dividido, tendrán el siguiente formato: Locke, II, (*sección respectiva*). En particular, se hará referencia al capítulo 5, «De la propiedad», el cual se extiende desde la sección 25 a la sección 51.

hacen referencia a los requisitos a los que está sometida dicha apropiación a fin de que la situación de los terceros no resulte afectada: la condición de la suficiencia y la condición del no desperdicio.

En esta sección, en primer lugar, desarrollaré el argumento del trabajo y algunas discusiones acerca de si el trabajo debe otorgar el derecho de propiedad al bien sobre el cual se ha mezclado o solamente al valor que le ha añadido. En segundo lugar, presentaré el contenido y alcance de la condición de la suficiencia. En tercer lugar, explicaré qué tipo de uso debe darse a los bienes de acuerdo con la condición del no desperdicio. Por último, indicaré cuáles son los efectos que dichas condiciones tienen en relación a la distribución de la propiedad.

2.1. Condición positiva: argumento del trabajo

La justificación de la propiedad privada en Locke parte de la noción de auto–propiedad. Cada persona es dueña de sí misma, de su cuerpo, y por extensión, también lo será de los productos del ejercicio de su trabajo[2]. De esta manera, cuando un individuo mezcla su trabajo con bienes del mundo que permanecían en estado común, algo suyo queda en dichos bienes. De tal modo, adquiere el derecho de propiedad privada sobre ellos (Locke, II, 27)[3]. A partir de este momento, nadie podría tomarlos sin su consentimiento, porque esto implicaría arrebatarle algo que le pertenece y violaría dicho derecho de propiedad (Locke, II, 32).

La apropiación individual de los bienes requiere, por lo tanto, que las personas realicen un determinado acto: mezclar su trabajo sobre tales bienes. De allí que Locke únicamente reconoce que las personas tienen la *oportunidad* de apropiarse de algún recurso. Es decir que no se reconoce un derecho general de propiedad a favor de todas las personas, sino solamente a aquellas que cumplan con tal exigencia.

El trabajo que se mezcla por primera vez sobre dichos bienes es el que los remueve del estado natural en el que se encuentran. Quitarlos de ese estado tiene importancia porque con esto se inicia la cadena de uso y esto permite aumentar el valor de los bienes y volverlos productivos.

2. Se ha discutido ampliamente acerca de la noción de auto–propiedad. Sin embargo, no es necesario ingresar en esta discusión a los fines de este trabajo. Para un análisis detallado, puede verse Waldron, 1988, pp. 177-183.
3. Cabe destacar que, si bien Locke hace referencia a premisas teológicas al desarrollar su teoría, ellas no son la base de su justificación de la propiedad privada. En tal sentido, si bien sostiene que Dios creó el mundo y todos los bienes presentes en él para que sean usados y aprovechados por las personas, esto solo justifica que ellas puedan hacer uso de dichos bienes. Sin embargo, lo que justifica que puedan apropiarse privadamente de ellos es que mezclaron su trabajo (y que además se satisfacen las otras dos condiciones que se desarrollarán en el apartado 2. 2.). De otra forma, lo que debería haber dicho Locke es que como Dios ordenó a las personas a que hagan uso de los bienes, con esto bastaba para adquirir la propiedad privada (y no hubiese sido necesario introducir el argumento de la auto–propiedad y del trabajo).

Locke sostuvo que el trabajo que las personas mezclan sobre los bienes le añade la mayor parte de su valor (Locke, II, 40). En efecto, el valor que tienen en sí mismos es «escaso», si es que tienen alguno (Locke, II, 42). En el caso de la tierra, el trabajo que se mezcla por primera vez sobre ella genera un mayor valor al labrarla, cultivarla o mejorarla para el pastoreo (Locke, II, 32, 38). De hecho, sin aplicar trabajo, el beneficio que las personas podrían obtener a partir de ella sería casi nulo. Esto se diferencia del caso de las materias primas, donde el trabajo que se mezcla por primera vez no significa aumentar su valor de uso, ya que solo consiste en «recogerlos» o «tomarlos» del estado en el que se encontraban (Locke, II, 28, 29). Su valor es el que la naturaleza les ha dado: como fuente de alimento[4].

2.1.A. ¿Mezclar el trabajo como forma de adquirir la propiedad privada sobre los bienes?

Los filósofos políticos han discutido ampliamente sobre los problemas que genera la idea de que mezclar el trabajo sobre bienes no poseídos previamente por nadie sea la forma de obtener la propiedad privada sobre ellos. En tal sentido, se han preguntado si está justificado que esto otorgue derecho al bien sobre el cual se ha aplicado el trabajo o si solo debería darlo al valor que se ha añadido a través del trabajo[5].

Uno de los autores que ha criticado la idea de que el trabajo pueda dar derecho a los bienes en sí es Robert Nozick. En primer lugar, el autor cuestionó por qué cuando una persona mezcla algo que le pertenece con un bien que no le pertenece a nadie, esto le permite adquirir lo que no le pertenece en vez de hacerla perder lo que sí le pertenecía. Nozick ejemplifica esto a través del caso de una persona que arroja una lata de tomate al mar: ¿su acción hace que ella pierda la propiedad del bien que le pertenecía –la lata– o le hace adquirir la propiedad sobre aquello que no tenía –el mar? (Nozick, 1974, p. 175).

Esta pregunta es relevante porque se diferencia del modo en que Locke resuelve la situación de quien mezcla su trabajo con un bien que ya es propiedad privada de otro sujeto, sin su autorización. En este supuesto, como el actuar de esa persona viola los derechos de propiedad que otro tenía sobre dicho bien, ella no podrá adquirir su propiedad privada. Aun si esa persona añade valor al bien a través de aplicar su trabajo sobre él, como, por ejemplo, si logra que una tierra que estaba siendo producida por su titular al cincuenta por ciento de su capacidad, produzca al cien por ciento, ella no está legitimada para reclamar ningún derecho sobre él.

Si bien Locke no aborda expresamente esta cuestión, lo señalado en el párrafo anterior se explica si se tiene en cuenta que, de acuerdo con su teoría, una persona tiene derecho a reclamar la propiedad privada de un bien si este no era poseído previamente

4. Es dable mencionar que, si se mezcla trabajo sobre las materias primas una vez apropiadas, este le añadirá valor y permitirá obtener productos manufacturados útiles para la vida, como por ejemplo prendas de abrigo a partir de la lana y pan a partir del trigo (Locke, II, 43).
5. Entre ellos, Simmons, 1992, pp. 236-277; Sreenivasan, 1995, pp. 59-90; Waldron, 1988, pp. 184-191.

por nadie y ha mezclado su trabajo sobre él, sin importar cuánto valor (mucho o poco) le ha agregado.

La importancia que tiene el mezclar el propio trabajo sobre el bien puede entenderse si se considera que, al hacerlo, las personas lo incorporan a sus planes y proyectos de vida[6]. Esto es lo que vuelve incorrecto que otras personas lo tomen y apliquen su trabajo sobre él. Ellas estarían interfiriendo en el control que sus titulares tienen sobre tal recurso y, de esa manera, en sus proyectos. Por lo tanto, las personas solo tienen derecho a adquirir derechos de propiedad sobre un recurso que no es parte del trabajo de alguien más (y, en consecuencia, de sus planes y proyectos) (Simmons, 1992, pp. 273-275).

En segundo lugar, Nozick sostiene que, aun si se reconoce que el trabajo que una persona aplica sobre un bien le otorga derecho sobre este, la pregunta es por qué tal derecho debe extenderse a todo el objeto y no solo al valor que su trabajo le ha añadido, dado que al mezclar el trabajo sobre el bien lo que se agrega a este es un valor que de manera previa no tenía (Nozick, 1974, p. 175).

El argumento podría reconstruirse del siguiente modo: como las personas son dueñas de sí mismas, de su cuerpo, esto les da derecho sobre lo que producen a partir del trabajo de su cuerpo. Y dado que lo que producen a través del trabajo de su cuerpo se traduce en el mayor valor que añaden al bien, es a esto a lo que tienen derecho (y no a todo el bien en sí que no es producto de su trabajo).

Si se le concediera el derecho exclusivo sobre todo el bien, tal como expresa Waldron, parece que el derecho al propio trabajo no solo incluye lo que dicho trabajo genera, sino que algo más que no es fruto de aquel, relacionado con los bienes de la naturaleza sobre los que el resto de las personas tienen originariamente un derecho en común (Waldron, 1988, p. 190). Si esto es así, sería necesario encontrar la manera de compatibilizar el derecho de quien ha mezclado su trabajo con el bien y que le ha añadido gran parte de su valor, con el derecho común original del resto de las personas respecto de dicho bien.

Una forma de hacerlo, por ejemplo, podría ser reconociendo el derecho a compartir parte de lo producido por este recurso (Waldron, 1988, p. 190). Como las personas tienen derecho a su valor original, deberían tener un derecho a participar en parte de lo producido por ese recurso en proporción a dicho valor. Por ejemplo, si se trata de una tierra fértil apta para el trigo (este es su valor original) que aumenta su valor mediante su cultivo por parte de quien se la apropió, el resto de las personas tendrán derecho a una parte de lo que produce esa tierra en función del valor original de la misma y su propietaria (que aplica su trabajo) tendrá derecho al valor añadido a ella.

¿Qué razones puede dar Locke para rechazar la idea de que el trabajo solamente da derecho a una persona al valor añadido de un recurso en lugar de a todo el recurso?

6. Aunque Locke no expone estas ideas de manera explícita, se han ofrecido diferentes interpretaciones a fin de comprender qué significa «mezclar» el propio trabajo sobre un bien (puede verse Waldron, 1988, pp. 184-207). Entre ellas se encuentra la de John Simmons, a la cual se hace referencia aquí, por considerar que es una de las que mejor explica lo que Locke quiso expresar al usar esta noción. Agradezco a Charles Beitz por sugerirme que clarifique este punto.

Una de ellas podría ser, como se indicó más arriba, que es el trabajo humano lo que da a un recurso la mayor parte de su valor al momento de su apropiación, ya que este es escaso o prácticamente nulo (Locke, II, 42). De allí que no parece injusto que a quien aplica su trabajo sobre un recurso, se le conceda el derecho de propiedad privada sobre el recurso en sí. En efecto, esta idea fue utilizada por Locke para apoyar su argumento de que mezclar el propio trabajo es la forma legítima de apropiarse de los recursos y excluir los derechos comunes que otras personas tienen sobre ellos[7].

Otra razón podría basarse en la idea de que, si la apropiación de un bien no poseído por nadie cumple con las condiciones que la justifican, el trabajador no está tomando una porción de los recursos comunes de los demás, sino solo su propia parte. Por consiguiente, tendría derecho a adquirir la propiedad privada sobre la totalidad de dicho bien y el resto de las personas no tendrían derecho a reclamarle nada.

Además, este argumento debería ir unido a la importancia que Locke le atribuye a la idea de mezclar el propio trabajo como *modo legítimo* de adquirir dicha propiedad sobre la totalidad del bien. En línea con lo que se expresó más arriba, puede considerarse que cuando una persona mezcla su trabajo, esto constituye una prolongación deliberada del ser en el mundo material exterior. De tal manera que el esfuerzo que aplicó para que se concrete dicha apropiación (y se quite el bien del estado común en el que se encontraba), puede ser entendido como parte de un plan que la persona pretende seguir y se relaciona con el modo en que quiere conducir su vida (Simmons, 1992, pp. 273-277; Beitz, 2017, p. 8).

Por lo tanto, si otra persona pretende quitarle ese bien o reclamar algún derecho sobre él, estaría interfiriendo en el modo en que el propietario quiere llevar adelante sus planes y proyectos de vida. De allí que este podría rechazar dicha interferencia por considerarla un obstáculo en su capacidad para conducir su propia vida, en el supuesto de que su apropiación original satisfaga la condición de la suficiencia (Beitz, 2017, p. 8).

2.2. Condiciones negativas: condición de la suficiencia y condición del no desperdicio

La mayoría de los filósofos políticos coinciden en reconocer a la condición de la suficiencia y a la del no desperdicio como parte de la justificación de la propiedad privada brindada por Locke[8]. Ambas condiciones garantizan que la apropiación de bienes por

7. Cf. Waldron, 1988, p. 192, quien sostiene que si Locke puede demostrar que el trabajo es el que le da el mayor valor a los bienes, entonces si alguien reclamase algún derecho sobre ellos, podría ser acusada de querer beneficiarse y aprovecharse del esfuerzo de otra persona y tomar ventaja del producto de su trabajo.

8. Entre ellos, véase Alexander y Peñalver, 2012, pp. 38-46; Sreenivasan, 1995, pp. 32-41, 47-58; Simmons, 1992, pp. 278-298; Nozick, 1974, pp. 175-178. Sobre este último autor cabe aclarar que, si bien reconoce que ambas condiciones están presentes en la teoría de Locke, se pregunta si sería necesario satisfacer la condición del no desperdicio en caso de que la condición de la suficiencia ya estuviese cumplida. En

parte de unos no afecte la situación de otras personas, como sucedería, por un lado, en caso de que algunas de ellas pierdan la oportunidad de apropiarse de algún recurso, ya que su libertad resultará menoscabada, al suprimirse una opción con la que contaban de manera previa; y, por otro lado, en caso de que quienes se apropien de los recursos no los destinen a ningún uso, ya que a partir de dicho uso es posible obtener los medios necesarios para la subsistencia y las comodidades de la vida. Si esto no ocurre, se las está privando de obtener tales beneficios a partir del uso de dichos recursos (Locke, II, 37).

2.2.A. Condición de la suficiencia

Locke sostiene que las personas tienen derecho a aquellos bienes que permanecen en estado común sobre los que han aplicado su trabajo, al menos donde haya suficiente e igualmente bueno en común para los demás (Locke, II, 27, 37). Los filósofos políticos han discutido acerca del contenido de esta condición (¿qué exige?) y de su alcance (¿resulta aplicable solo en contextos de abundancia de bienes o también de escasez?).

La mayoría de los autores señalan que se trata de una condición que debe satisfacerse al momento de la apropiación[9], a diferencia de Waldron, quien afirma que dejar recursos suficientes e igualmente buenos para otros es un hecho que caracterizó los primeros actos de apropiación en contextos de abundancia (Waldron, 1979, pp. 319-328).

De acuerdo con Waldron, las condiciones naturales de la apropiación permitían que quedasen bienes suficientes e igualmente buenos para todos. Esto puesto que cada persona se apropiaba de lo que era capaz a través de su propio trabajo y en la medida en que pudiera usarlo sin desperdiciarlo. De allí que no serían capaces de apropiarse de todo ni podrían consumir más que una pequeña parte (Waldron, 1979, pp. 319-328; 1988, p. 211)[10].

Frente a esta interpretación, se ha señalado que si bien es correcto afirmar que Locke considera que es un hecho de las primeras etapas del mundo que las apropiaciones dejaban bienes suficientes e igualmente buenos en común en virtud del contexto de

contra de esta lectura, véase Waldron, 1979, pp. 319-328, quien expresa que solo la condición del no desperdicio es una condición necesaria para la apropiación privada de bienes.

9. Entre ellos, Ryan, 2012, p. 525; Sreenivasan, 1995, pp. 47-50; Simmons, 1992, pp. 281-292; Nozick, 1974, pp. 175-176; Macpherson, 1962, pp. 211-214.

10. Waldron ofrece diferentes razones para sustentar su posición. En primer lugar, que Locke no introdujo dicha condición como una forma de restricción, a diferencia de lo que sucede con el límite del no desperdicio. En segundo lugar, que es introducida más que como una condición necesaria, como una condición suficiente. De esta forma, podría darse el caso que una apropiación tenga lugar haya o no bienes suficientes e igualmente buenos (Waldron, 1979, p. 321). En tercer lugar, que Locke no la mencionó entre las restricciones que habían sido superadas por la introducción del dinero. En cuarto lugar, que tratarla como una restricción llevaría a un absurdo, en el sentido de que, si no es posible que todos se apropien, nadie podría hacerlo. Para una crítica detallada de estas razones, puede consultarse Sreenivasan, 1995, pp. 37-41.

abundancia que existía, esto no descarta que también se trate de un límite moral a la apropiación privada (Simmons, 1992, pp. 290-291).

En efecto, los numerosos apartados en que Locke hace referencia a esta condición (Locke, II, 27, 33, 34, 36), sugieren que intenta presentarla como un límite de algún tipo. En ellos, remarca que una apropiación está justificada en la medida en que hayan quedado bienes suficientes e igualmente buenos para otros, quienes tienen un derecho en común sobre ellos y la oportunidad de apropiarse de alguno. De esa manera, la apropiación no les causa perjuicio a otros, ya que no ha sido tomado nada de lo que les correspondía.

El perjuicio se produce, entonces, si una apropiación no deja bienes suficientes e igualmente buenos en común, porque en ese caso algunas personas habrán perdido su oportunidad de apropiarse de algún bien y tendrán derecho a reclamar o quejarse de la apropiación realizada, ya que no le ha quedado lo suficiente para su propia mejora.

Lo expresado aquí explica por qué no es requerido el consentimiento por parte del resto de las personas cuando una apropiación satisface la condición de la suficiencia. Ella es la que asegura que su situación no se vea afectada, por lo que no tendrán razón para quejarse o cuestionar la apropiación realizada por otros.

Lo expuesto permite sostener que Locke, al desarrollar su teoría, no intenta simplemente describir cómo era el mundo en el momento en que tienen lugar los primeros actos de apropiación. Si bien puede ser cierto que en las primeras etapas existen, como una cuestión de hecho, recursos suficientes e igualmente buenos que hacen posible que todas las personas se apropien de algo, como señala Waldron, lo que Locke pretende es mostrar en base a qué razones se encuentra justificado que las personas se apropien de manera privada de recursos que se mantenían en común sin el consentimiento del resto de las personas.

2.2.B. Condición del no desperdicio

La condición del no desperdicio establece que los bienes apropiados deben ser usados antes de que se echen a perder inútilmente en manos del sujeto (Locke, II, 31). Esta condición debe satisfacerse una vez adquirida la propiedad, para poder conservarla[11]. En caso de que ella no sea satisfecha, quien se apropió del bien perderá su derecho.

11. Se ha interpretado que esta condición también debe ser satisfecha al momento de la apropiación, en base a la idea de que Locke exige que las personas solo deben apropiarse de aquello que puedan usar. Así, quien se apropia debe tener en cuenta cuáles son sus necesidades y qué bienes resultan suficientes para satisfacerlas (Simmons, 1992, p. 287). Sin embargo, en lo que Locke hace hincapié es en que los bienes no se desperdicien en manos de quien los tiene, una vez adquiridos. De esta manera, si luego de apropiárselos el sujeto advirtiese que ellos superan su capacidad de uso, deberá entregárselos a otros y así evitar que perezcan inútilmente, tal como se explicará a continuación.

¿Qué es lo que esta condición exige por parte del propietario? Es posible distinguir según el bien de que se trate, entre las materias primas y la tierra[12]. En este último supuesto, se le exige que se comporte del mismo modo que cuando se apropió: que trabaje el bien, es decir que lo cultive o lo mejore para pastoreo. Para mantener la propiedad de la tierra debe mezclar su trabajo regularmente, es decir debe seguir cultivándola regularmente o mejorándola para pastoreo. Hay un primer uso que es el que origina la propiedad y a esto le siguen usos posteriores que son los que permiten mantenerla. De allí que si no cultiva o no mejora la tierra se considera que la desperdicia y, en consecuencia, pierde su propiedad[13]. Por lo tanto, que una persona mezcle su trabajo es lo que justifica la adquisición de la propiedad y que no lo mezcle a lo largo del tiempo es lo que justifica su pérdida[14].

De lo expuesto surge que el uso que debe hacerse de la tierra es un uso *productivo*, es decir, aquel a partir del cual pueden obtenerse los bienes o beneficios que la cosa es capaz de producir y *regular* (no necesariamente continuo) lo cual permite que se adecue al tipo de producción que se realice. Por ejemplo, quien no cultivase su tierra por un período determinado de tiempo porque así lo exige el tipo de cultivo que está sembrando, no la estaría desperdiciando.

Por su parte, en el caso de las materias primas, debido a sus características particulares, el trabajo que se aplicó en un primer momento para apropiárselas no significó su uso. Lo que se hizo fue recogerlas o tomarlas del estado común en el que se encontraban. Luego de su apropiación, su uso puede concretarse a través de su consumo[15] o bien al mezclar trabajo sobre ellas, obteniendo de este modo productos manufacturados. En este último supuesto, dicho uso puede ser también considerado productivo.

¿Qué sucede si las personas se apropian de más bienes de los que son capaces de usar a través de su trabajo o mediante su consumo? ¿Cómo pueden evitar que ellos

12. La tierra es el recurso natural que ocupa el lugar central en la discusión de Locke acerca de la propiedad privada (tanto en el período previo a la introducción del dinero como en el período posterior).
13. Cabe destacar que, como se indica en la nota 3, aunque Locke se refiere a premisas teológicas cuando presenta por primera vez la condición del no desperdicio (Locke, II, 31), esto no significa que justifique dicha condición sobre esa base. Lo que estas premisas justifican es solo que las personas pueden hacer uso de los recursos, pero lo que justifica que puedan adquirir y mantener la propiedad privada en ellos es mezclar el propio trabajo.
14. Es dable resaltar que, si bien quien se apropia del bien, al aplicar por primera vez su trabajo sobre él, adquiere un derecho de propiedad pleno y perfecto, esto no quita que, una vez ocurrida la apropiación, tiene deberes que cumplir. De eso se trata la condición del no desperdicio, la cual limita el margen de acción del titular. Por lo tanto, Locke condiciona la conservación de la propiedad a que su propietario haga uso de sus bienes, lo cual, por ejemplo, en el caso de la tierra, se traduce en la realización de ciertas actividades, como su siembra, que se concretan a partir de la aplicación de trabajo sobre ella. En tal sentido es que se sostiene que, el trabajo que permite adquirir la propiedad, también es lo que permite conservarla. Agradezco a un evaluador anónimo por sus comentarios que me permitieron clarificar este punto.
15. El consumo del bien implica su destrucción, pero esto es necesario a fin de obtener alguna ventaja a partir de él. Lo que la condición del no desperdicio impide es su destrucción deliberada, que lo hace inútil para cualquier uso.

perezcan en sus manos? Locke señala que es posible que transmitan esos bienes a otros, ya sea de modo gratuito u oneroso, a fin de satisfacer esta condición. En este sentido, considera que la transferencia de bienes sería un tipo de uso, ya que es una forma de prevenir el desperdicio.

De esta manera, transmitir los bienes a otros en esos supuestos se condice con la razón que sustenta dicha condición y complementa las opciones que tiene quien se apropia para poder satisfacer esta condición. Los transmite a fin de que quienes los reciben los usen a través de su trabajo o su consumo; y, en caso de que no sea posible, que ellos los transmitan a otros y así sucesivamente.

La situación de quien tiene más bienes de los que es capaz de usar y necesita entregarlos a otros, muestra que la cantidad que se apropió excedió lo que era capaz de usar a través de su trabajo o de su consumo. Sin embargo, Locke no está interesado en la cantidad de bienes que una persona posee sino en que ellos no se desperdicien. Por lo tanto, como entregarlos a otros permite cumplir con dicha condición, esto no presenta un problema para su teoría. Por esto es que cree que comportarse de ese modo no implica actuar de manera incorrecta (Locke, II, 46).

Entender de este modo la transferencia de bienes explica por qué se encuentra justificado que las personas donen parte de sus frutos a otros si es posible que perezcan en sus manos si los retienen (Locke, II, 46) así como los casos en que producen más bienes de los necesarios para satisfacer sus necesidades básicas y las de su familia, porque esperan intercambiarlos por otros bienes igualmente útiles, que les permitan satisfacer otras necesidades (Locke, II, 48)[16]. Un ejemplo sería el de alguien que decide acopiar cereales hasta tanto encuentre una oportunidad para transferirlos (mientras ellos no se echen a perder) por otros bienes que les permitan satisfacer necesidades distintas de las derivadas del consumo de aquellos, como, por ejemplo, de abrigo. Otro ejemplo sería el de alguien que tiene en su poder algunos frutos y decide intercambiarlos por otros, como nueces, que por su naturaleza pueden conservarse y servir como alimento durante un mayor período de tiempo.

2.2.B.1. Uso regular y productivo y tierra ociosa

La condición del no desperdicio exige un uso *regular* y *productivo* de los bienes, en particular de la tierra. Por un lado, como el uso regular no implica que sea continuo, una de las preguntas que surge es cuánto tiempo puede estar una porción de tierra sin ser destinada a ningún uso para considerar que está siendo desperdiciada. Piénsese en el caso de una parcela que permanece sin cultivar o que no es aplicada a ningún uso

16. El intercambio de bienes se debió, como señala Locke, a que las necesidades humanas fueron creciendo a lo largo del tiempo, lo cual implicó que también aumente y cambie el tipo de bienes con los cuales podían satisfacerlas (Locke, II, 38).

productivo durante un período prolongado de tiempo, cuando esto se debe a la mera negligencia de su propietaria y no a un determinado plan de uso y manejo.

De acuerdo a las ideas defendidas por Locke, si el *no uso* de dicha tierra durante un tiempo prolongado se debe a la desidia o negligencia de su titular, es posible sostener que está siendo desperdiciada. De esa manera, el estado de la tierra que luego de ser apropiada permanece sin usar es asimilable al estado en que ella se encontraba cuando permanecía en común, a la cual se señala como tierra desperdiciada (Locke, II, 42). En ese estado, la tierra no está produciendo aquello de lo que es capaz y es por medio de su apropiación que sería posible volverla productiva. De allí que, si alguien se apropia de ella y no la utiliza durante un largo período de tiempo (ella no es labrada, plantada o cultivada y esto no responde a ningún plan general de uso y manejo), dejándola ociosa, no está cumpliendo con lo que exige la condición del no desperdicio.

¿Qué sucede en caso de que una persona, que no es su dueña, decida trabajar dicha parcela (que permanece sin usar) sin autorización de su propietaria? ¿Es posible que adquiera su propiedad? En principio, teniendo en cuenta lo discutido en el apartado 2. 1. A., si alguien mezcla su trabajo sobre un bien de propiedad de otra persona, no estaría legitimada para reclamar ningún derecho sobre dicho bien. Sin embargo, como en este supuesto quien era la propietaria incumple con lo establecido por la condición del no desperdicio, esto acarrea la pérdida de su derecho, por lo que la tierra vuelve al estado natural común y permite que quien está mezclando su trabajo sobre ella, la adquiera.

Por otro lado, como el uso debe ser productivo, otra de las preguntas que se generan es qué grado de uso productivo se requiere para satisfacer la condición del no desperdicio (Arneson, 2016, p. 538). Es decir, si la forma de satisfacer esta condición es usando los recursos *de manera productiva* o bien *de la manera más productiva posible* (lo cual implicaría la maximización de dicho uso). Así, en el caso de la tierra: ¿ella debe ser usada de manera tal que rinda al máximo de su capacidad o es suficiente con que produzca al menos una parte de lo que es capaz?

Arneson ofrece un ejemplo que permite ilustrar este punto. Contrasta la situación de alguien que cultiva la tierra con una tecnología modesta y la de otra persona más hábil que posee una tecnología sofisticada que puede hacerla más productiva. ¿Viola el primero la condición del no desperdicio? ¿Podría establecerse una norma que obligue al propietario no solo a utilizar un recurso sino a hacerlo de la manera más productiva posible? (Arneson, 2016, p. 538).

Para responder a la pregunta sobre el grado (si lo hay) de uso productivo que se requiere para satisfacer esta condición, es necesario reflexionar sobre las nociones de trabajo, productividad y desperdicio presentes en la obra de Locke. Si por uso productivo se entiende un uso a partir del cual una persona puede obtener los bienes o beneficios que el recurso puede producir ¿qué sucede cuando el recurso no está produciendo todo lo que es capaz de producir? ¿Se está desperdiciando al menos una parte de él?

Como se indicó más arriba, Locke asocia la idea de desperdicio con la de tierra común, la cual permanece sin ser apropiada y no ha sido mejorada a través del trabajo. La compara con una que ha sido apropiada y hace hincapié en la productividad que

ella tiene una vez que esto sucede, al ser mejorada por medio del trabajo, lo que le da la mayor parte de su valor (Locke, II, 32, 37, 40-43). Por lo tanto, si una parcela de tierra está siendo desperdiciada en caso de que no se mejore en absoluto (al permanecer en un estado común), no puede asimilarse al supuesto de aquellas parcelas que, luego de ser apropiadas, su titular continúa aplicando su trabajo sobre ellas, aun cuando el grado de productividad que se genere varíe.

Frente a esto, una posible objeción que podría realizarse es que, si un recurso es capaz de producir una cierta cantidad de bienes, en caso de que no los produzca, esto significaría un desperdicio en algún sentido ya que no estaría siendo usado de la manera más productiva posible. En consecuencia, se necesitarían trabajar más tierras (si es que están disponibles) para obtener la misma cantidad de bienes que podrían obtenerse si ellas se utilizaran de esa manera.

Sin embargo, Locke no distingue entre lo que puede denominarse un uso productivo *plenamente eficiente* y uno *menos eficiente*, es decir, uno que hace que la tierra produzca de acuerdo a su plena capacidad y, en este sentido, que se use de la manera más productiva posible (al menos desde el punto de vista económico), y otro que la hace producir por debajo de su dicha capacidad. Para el autor, que las personas mezclen su trabajo con la tierra hace que ella se vuelva productiva, porque está generando (ya sea en parte o en su totalidad) los bienes que es capaz de producir. De esta forma, es suficiente para satisfacer la condición del no desperdicio que la tierra sea puesta en algún uso productivo[17].

Por último, cabe mencionar que una norma que exigiese que las personas produzcan su tierra de la manera más productiva posible podría causar disputas permanentes sobre quién debe tener su propiedad[18], ya que podría llevar a que se evalúe de manera constante como están siendo usados los recursos y que algunos de ellos se quiten a una persona y se los entreguen a otra que sea capaz de utilizarlos de manera más productiva.

3. EFECTOS DE LAS CONDICIONES MENCIONADAS SOBRE LA DISTRIBUCIÓN DE LA PROPIEDAD PRIVADA

Según lo que establecen las condiciones mencionadas, todas las personas tienen la oportunidad de apropiarse de algún recurso. Las diferencias entre la cantidad de recursos que ellas poseen se basan solamente en sus talentos y en su propia capacidad de trabajo. En efecto, como ellas solo pueden adquirir y mantener la propiedad privada aplicando su trabajo sobre ellos, se evita la gran concentración de recursos en pocas manos, ya que la capacidad de trabajo de cada persona es limitada. En este sentido, la condición del no

17. El hecho de que algunas personas utilicen la tierra de una manera más productiva que otras dependerá de lo industriosos que sean y de las herramientas y la tecnología que tengan. Sin embargo, esto no tendrá consecuencias para mantener la propiedad privada sobre sus recursos.
18. Cf. Arneson, 2016, p. 538.

desperdicio impide la acumulación de recursos que pueden desperdiciarse o perecer si no se usan a través del trabajo o si no son consumidos (Locke, II, 47). Es decir, que no es la mera acumulación de recursos en sí lo condenado como moralmente incorrecto por Locke, sino que ella conduzca a que perezcan inútilmente en las manos de su dueña.

Por otro lado, la condición de la suficiencia asegura que no surjan grandes disputas sobre la distribución existente de la propiedad privada, ya que las personas no tienen motivos para quejarse de las apropiaciones de otras personas porque se les ha dejado bienes suficientes e igualmente buenos para apropiarse (Locke, II, 34, 36). No pueden quejarse ni en términos de libertad, porque no pierden su oportunidad de apropiarse, ni en términos económicos, porque pueden apropiarse y producir privadamente como lo hacen otros.

4. IMPACTO DE LA INTRODUCCIÓN DEL DINERO EN LAS TRES CONDICIONES MENCIONADAS

El dinero surge como resultado del intercambio de bienes entre las personas a lo largo del tiempo. Ellas comenzaron a intercambiar sus recursos por otros que eran duraderos y que podían conservarse sin echarse a perder. Primero fueron conchas y diamantes y luego metales, como el oro y la plata. Así, las personas prestan su *consentimiento* para introducir el dinero como medida de valor de todos los demás bienes (Locke, II, 37, 50). A diferencia de los recursos naturales, el dinero no tiene un valor de uso, sino que tiene un valor de cambio. Su valor consiste en los bienes y servicios que pueden ser comprados con él.

¿Quiénes deben prestar dicho consentimiento? ¿Deben darlo todas las personas que forman parte de una comunidad en la que se realizan transacciones monetarias o basta con que lo den las personas que participan en tales acuerdos? ¿Se requiere un consentimiento tácito o expreso? Locke sugiere que este consentimiento es dado tácita y voluntariamente por las personas que forman parte de una comunidad. Sin embargo, esta idea fue criticada porque no es necesario que todas las personas den su consentimiento para que un acuerdo monetario funcione. Es suficiente con el consentimiento de las personas que participan en ellos. Esto se debe a que las transacciones monetarias funcionan incluso cuando ciertos individuos o pequeños grupos deciden recurrir a otros mecanismos para intercambiar sus bienes (Arneson, 2016, p. 539; Waldron, 1988, p. 224).

Esta cuestión reviste gran relevancia porque los acuerdos monetarios tienen efectos no solo en las personas que participan en ellos sino también en quienes no lo hacen. Estos efectos están relacionados con las consecuencias que Locke indica que se derivan de la introducción del dinero: una distribución marcadamente desigual de los recursos, en particular de la tierra (Locke, II, 36, 50), a la que él considera legítima[19], y la pérdida

19. Cf. Arneson, 2016, p. 539; Alexander y Peñalver, 2012, p. 41; Simmons, 1992, p. 303.

de oportunidad de algunas personas de apropiarse de ciertos bienes, como la tierra, ya que esta comienza a escasear.

En esta sección se desarrollará cómo repercuten estas consecuencias que se derivan de la introducción del dinero en las condiciones que justifican la apropiación privada de bienes, en especial, sobre las condiciones negativas, como también el impacto que dicha introducción tiene sobre la distribución de la propiedad derivada de dichas condiciones. Se intentará mostrar, con respecto a la condición de la suficiencia, que no funciona la estrategia de Locke de recurrir al consentimiento dado por las personas para la introducción del dinero a fin de justificar las consecuencias que se derivan de su introducción, aun en caso de que ellas resulten beneficiadas en términos económicos. No se satisface lo que esta condición intenta proteger, al resultar afectada la libertad de algunas personas, quienes pierden la oportunidad de apropiarse de algún bien. Por otro lado, en relación a la condición del no desperdicio, se pondrá de resalto que el dinero no anula ni vuelve inefectiva a esta condición, sino que lo que modifica es la distribución de la propiedad que se deriva a partir de su aplicación.

4.1. Condición positiva: argumento del trabajo

La introducción del dinero hizo posible que algunas personas trabajaran para otras a cambio de dinero. De esta manera, cuando ellas mezclan su trabajo con bienes de propiedad de otras, estas son las que adquieran la propiedad privada de los bienes que se producen a partir de su trabajo. Locke aborda la relación de trabajo asalariado cuando se refiere a la relación amo–sirviente, en donde este último presta un determinado servicio a fin de obtener a cambio un salario en dinero por parte del amo (Locke, II, 85).

Cabe destacar que se ha discutido si la teoría de Locke puede ser utilizada como una defensa de las relaciones de trabajo capitalistas actuales[20]. Sin embargo, hay que tener en cuenta que esta teoría fue concebida en el siglo XVII, cuando el capitalismo estaba emergiendo y no se había desarrollado plenamente. Por lo tanto, las discusiones sobre la autonomía de los trabajadores y el trabajo enajenado no se habían llevado a cabo todavía (Waldron, 1988, pp. 228-229)[21].

En la relación amo-sirviente descripta por Locke, el sirviente trabaja en la tierra del amo y este es quien adquiere la propiedad privada de los bienes que el primero produce con su trabajo (Locke, II, 28). Para que esto sea posible, el sirviente debe tener el derecho de vender su trabajo al amo a cambio de dinero. Este derecho podría derivarse de la noción de auto-propiedad, es decir, al ser las personas dueñas de sí mismas, de su cuerpo y por extensión, de su trabajo, tienen el poder de venderlo a otros.

20. Véase una discusión sobre este punto en Macpherson, 1962, pp. 214-262, quien afirma que Locke presenta una teoría de la propiedad que sirve de fundamento de las relaciones capitalistas.
21. En virtud de que tales discusiones no son relevantes para los propósitos de este trabajo, no se profundizará en ellas.

El trabajo en sí es lo que se vende (y no sus productos) porque es lo que da origen a la propiedad privada cuando se mezcla con los recursos[22]. Por lo tanto, quien adquiere la propiedad del bien sobre el cual una persona mezcló su trabajo, es otra distinta de la que lo hizo. Esto hace posible que una persona comience a apropiarse de bienes no solo a partir de su trabajo, sino del trabajo mezclado por otros.

4.2. Condición negativa: condición de la suficiencia

A partir de la introducción del dinero las personas acordaron darle valor a la tierra (Locke, II, 36). El dinero se convirtió en un nuevo modo de adquirirla, por lo que las personas pueden comprar grandes porciones de tierra sin necesidad de mezclar su trabajo con ellas. Pueden ser propietarias de tantas porciones de tierra como dinero tengan[23]. Esto lleva a que la tierra comience a escasear ya que algunas pueden adquirir grandes extensiones dejando a otras personas sin la posibilidad de hacerlo.

La pregunta que surge es cómo debe ser entendida la condición de la suficiencia en este contexto y si ella es anulada a partir de la introducción del dinero. Los filósofos políticos han ofrecido diferentes respuestas. Por un lado, hay quienes sostienen que dicha condición desaparece luego de la introducción del dinero. En esta línea, Macpherson señala que los límites que Locke impone a la apropiación individual se suprimen luego de dicha introducción. Así, se produce una transición de un derecho de propiedad limitado a un derecho ilimitado (Macpherson, 1962, pp. 199, 204).

Por otro lado, hay quienes ofrecen una interpretación de esta condición que la hace compatible con contextos tanto de abundancia como de escasez de bienes. En tal sentido, Nozick expresa que, si esta condición no puede mantenerse en contextos de escasez, sino solo de abundancia, entonces nunca podrían haber surgido derechos de propiedad permanentes y hereditarios. Esto puesto que hasta la primera apropiación (en contextos de abundancia) podría ser considerada ilegítima, al afectar en un momento posterior (en contextos de escasez) la posibilidad de otros sujetos de apropiarse de algún bien. El autor propone su propia interpretación de este requisito, a la que llama «interpretación débil», que tiene por objeto garantizar que la situación de quienes ya no tienen bienes para apropiarse no se vea perjudicada, es decir que no empeore (Nozick, 1974, pp. 175-176)[24].

Por su parte, Sreenivasan afirma que lo que se intenta garantizar a través de la condición de la suficiencia son las condiciones pre-materiales que hacen posible que una persona pueda obtener los medios necesarios para su subsistencia y confort. Como

22. Cf. Waldron, 1988, p. 226.
23. Lo expresado supone que alguien ha trabajado la tierra y ha adquirido la propiedad privada sobre ella de manera previa y luego la transfiere a otra persona a cambio de dinero. Lo que se intenta poner de resalto aquí es que la adquisición de la propiedad ya no se deriva simplemente del trabajo sobre la tierra.
24. Nozick indica que toda teoría adecuada de la justicia en la adquisición debe contener una condición similar a la presentada por él (Nozick, 1974, p. 178).

tener la propiedad sobre la tierra no es una pre-condición para ejercitar este derecho a obtener tales medios, es que dicha condición puede satisfacerse de otro modo. Las personas pueden trabajar la tierra de otras a cambio de un pago en dinero, el cual les permitirá adquirir tales medios (Sreenivasan, 1995, p. 51). A fin de asegurar que esto sea posible, se exige a quienes tienen la propiedad de la tierra (para que puedan mantenerla) a que empleen a aquellos que no tienen la propiedad sobre ninguna parcela (Sreenivasan, 1995, pp. 54-55).

Frente a estas interpretaciones, que sostienen que la introducción del dinero ha suprimido esta condición o bien que continúa vigente, es necesario realizar algunas consideraciones.

De la teoría lockeana no surge una referencia clara acerca de cómo entender dicha condición luego de la introducción del dinero. Las referencias realizadas por el autor solo se relacionan con el período de abundancia (Locke, II, 27, 33, 34, 36). Más allá de esto, lo que debe tenerse en cuenta es que Locke considera que en caso de que no se dejen en común *bienes* suficientes e igualmente buenos, esto implica un perjuicio para los demás. Dicho perjuicio se debe a la pérdida de oportunidad de apropiarse de algún bien.

Si luego de la introducción del dinero se produce la escasez de tierra y los actos de apropiación de algunas personas dejan a otras sin la oportunidad de apropiarse de algún bien: ¿por qué Locke no hace referencia a la situación de estas personas? ¿La pérdida de tal oportunidad ya no les causa perjuicio? La respuesta parece fundarse en el consentimiento que ellas prestaron al momento de la introducción del dinero.

La estrategia de Locke consiste en vincular el consentimiento dado por las personas para la introducción del dinero con las consecuencias que pueden derivarse de dicha introducción: consentir su introducción implica también aceptar dichas consecuencias (Locke, II, 36), como lo son la distribución desigual de los recursos y la pérdida de oportunidad de apropiarse de algún bien por parte de algunas personas. En efecto, apelar al consentimiento de las personas sobre quienes recaerán dichas consecuencias parece ser la única forma en que es posible justificarlas[25]. De allí que si ellas prestaron su consentimiento en la introducción del dinero y la situación de algunas resulta alterada (al quedarse sin la oportunidad de apropiarse de algún bien), parece que luego no podrían reclamar que han sido perjudicadas.

Por lo tanto, lo que debe determinarse es si el consentimiento dado por las personas para la introducción de dinero es suficiente para justificar las consecuencias que de ella se derivan. Para ello, debe tenerse en cuenta, por un lado, que lo que las personas consintieron es la introducción de un elemento como medida de valor de los bienes.

25. Cf. Simmons, 1992, p. 303, quien sostiene que la única explicación viable para que Locke recurra al consentimiento en la introducción del dinero, es que creía que el tipo y alcance de las desigualdades que se generan a partir de su introducción en las sociedades contemporáneas, no pueden ser justificadas con independencia de ese consentimiento.

Este elemento facilita sus transacciones y les permite adquirir diferentes bienes a fin de satisfacer otras necesidades más allá de las básicas.

Por otro lado, que el consentimiento dado para participar en un determinado acuerdo no significa aceptar cada una de las consecuencias que pueden producirse a partir de él, puesto que algunas de ellas pueden ser inmorales o imprevistas (Simmons, 1992, pp. 303-304). Así, cuando las personas comenzaron a utilizar el dinero en sus transacciones, difícilmente podrían haberse representado que con esto suprimirían la oportunidad de otras de apropiarse de algún bien común.

Ellas, como máximo, al acordar su introducción, podían prever que esto podía significar un incremento de la desigualdad en los bienes (Simmons, 1992, pp. 303-304). Sin embargo, prever la posibilidad de que tenga lugar dicha desigualdad no significa que ellas quieran esos resultados o incluso que los acepten[26].

26. En esta línea, Beitz también critica la apelación que hace Locke al consentimiento que las personas prestan al uso del dinero para justificar las consecuencias que se derivan de su introducción y considera que es tan débil como la apelación que hace al consentimiento tácito para fundar la obligación política (Beitz, 1980, pp. 498-499). Sobre esto último, Locke sostiene que en la medida en que las personas no abandonen el Estado en el que residen, esto es un indicio de haber consentido tácitamente las reglas que de modo coercitivo se aplican sobre el territorio (Locke, II, 119). Sin embargo, esta idea ha sido cuestionada, porque para que la mera residencia en el territorio sea signo de consentimiento, es necesario que la acción de emigrar no sea costosa para quien debe realizarla. En caso de serlo, es probable que los ciudadanos hayan omitido emigrar para no asumir los altos costos que tiene hacerlo, como sería el alejarse de su familia y amigos (Simmons, 1979, pp. 79-100). Así, el argumento de Beitz da a entender que, de la misma manera que la mera residencia no podría tomarse como muestra del consentimiento de las consecuencias que de esto se deriva, como sería la aplicación coercitiva de las normas, si las personas no tienen una alternativa disponible a quedarse en el territorio a un costo razonable, tampoco el uso del dinero podría tomarse como muestra del consentimiento de las consecuencias que de esto se deriva, como sería la gran desigualdad que se produce, si las personas no tienen una alternativa disponible al uso del dinero a un costo razonable. Al sostener que ellas no tienen una alternativa disponible a un costo razonable, significa que, por el tipo de transacciones que ellas están interesadas en realizar, adoptar otra modalidad alternativa, como sería el trueque, sería mucho más costoso. Así, en caso de adoptar un sistema de ese tipo, podría ser más dificultoso para las personas e insumirles más tiempo el poder llevar adelante sus intercambios, por algunas de las siguientes razones: en primer lugar, para poder concretarlos deberían encontrar a una persona que quiera transferir un determinado bien precisamente a cambio del bien que la otra quiere entregarle. Es decir, que tiene que existir una coincidencia en cuanto a los bienes y servicios que intercambian y encontrar a la persona que quiera vender en el momento que la otra quiere comprar. Por ejemplo, si A quiere vender libros y comprar medicamentos y B quiere vender medicamentos y comprar libros, la transacción se generará sin problemas. Sin embargo, en el caso de que B no desee comprar libros, sino que necesite ropa, A deberá encontrar a una tercera persona que le interese comprar libros y que venda ropa, a fin de hacer posible ese intercambio general y poder adquirir aquello que le interesa. El dinero simplifica estos intercambios, ya que las personas compran bienes con este elemento que será la unidad de valor de otros. Así, en el caso de A será suficiente con que pague a B un monto en dinero y esa persona decidirá luego cuándo comprar aquello que necesita. En segundo lugar, porque los bienes intercambiables no son fácilmente almacenables y transportables como lo es el dinero. Por último, porque tiene dificultades para cuantificar cuál es el valor de los bienes que se intercambian y de intercambiarlos cuando ellos tienen valores muy diferentes entre sí, al existir una falta de unidad de valor, lo cual no sucede con el dinero. Agradezco a un árbitro anónimo por sugerirme que aborde este punto.

De esta manera, el hecho de que las personas hayan consentido la introducción del dinero no significa que también hayan consentido las consecuencias que de ella se derivan[27]. Lo expresado aquí está asentado en el principio general que señala que consentir una acción no implica consentir todas sus consecuencias remotas, imprevisibles e incluso previsibles. Esto se debe a que el consentimiento de una acción es diferente al consentimiento de sus consecuencias. Por esta razón es que, aun si el consentimiento de una acción se considera válido, de allí no se sigue que las consecuencias que se derivan de dicha acción también hayan sido consentidas[28].

Por otra parte, aun si se asumiera que consentir dicha introducción significa aceptar todas sus consecuencias, el problema (que Locke tampoco aborda) es que ellas no solo tienen efectos respecto de quienes prestaron su consentimiento sino también sobre aquellos que no lo hicieron (o bien porque no participaron de los acuerdos monetarios, aunque eran parte de la comunidad, o bien, porque todavía no eran parte de ella, por ejemplo, porque no habían nacido).

La explicación ofrecida hasta aquí supone que las consecuencias que se derivan de la introducción del dinero *perjudican* la situación de algunas personas, al quitarles una oportunidad con la que contaban de manera previa (la de adquirir la propiedad sobre algún bien común a través de su trabajo). Sin embargo, la pregunta que surge es qué sucede si ellas resultaran *beneficiadas* a partir de su introducción, es decir, si su situación fuese mejor después de ella que de manera previa, en cuyo caso podría ser razonable afirmar que ellas prestarían su (tácito) consentimiento y aceptarían las consecuencias derivadas de dicha introducción.

Llamaré a este argumento del *beneficio general*, el cual sostiene que todas las personas, incluso quienes perdieron la oportunidad de apropiarse de algún bien, estarán mejor en una sociedad de mercado que en un mundo sin dinero, porque ella permite la existencia de mayor riqueza social, lo cual llevará a un crecimiento económico del que todos resultarán beneficiados, porque les permitirá mejorar sus oportunidades[29].

27. En este sentido, Waldron destaca que Locke debe elegir entre considerar que dicha desigualdad es ilegítima o bien que su legitimidad en el estado de naturaleza no tiene que ver con el consentimiento que las personas prestaron en la introducción del dinero (Waldron, 1988, p. 225).
28. Un ejemplo permitirá clarificar esta idea. Piénsese en el caso del consentimiento dado para tener una relación sexual y el consentimiento para quedar embarazada. Incluso si es cierto que resulta probable que una mujer que consiente tener una relación sexual quede embarazada, esto no significa que ha prestado su consentimiento para el embarazo (Thomson, 1971, pp. 47-66). Aun cuando su consentimiento para tener la relación sexual sea válido, las consecuencias que de esa acción se derivan no significa que también hayan sido consentidas. Agradezco a un evaluador anónimo por instarme a abordar este punto.
29. En esta línea, también pueden encontrarse argumentos de otros liberales clásicos, como Adam Smith, quien sostiene que, en una economía de mercado, donde todos los individuos actúen de acuerdo con sus propios intereses, se terminará por favorecer el interés común (más eficazmente que si se lo intentase fomentar de manera directa). Así, la propensión que tienen las personas a intercambiar bienes entre ellas, impulsará el crecimiento económico y, de ese modo, generará una mayor riqueza de la que se beneficiarán todas las personas (Smith, 1976, pp. 25, 456); como también, otros argumentos utilitaristas, que pretenden mostrar que una economía de mercado permite alcanzar una mayor utilidad total, lo cual se traducirá en una maximización de la riqueza social. De esta manera, si lo que se persigue es

Locke parece defender estas ideas[30], al expresar que la apropiación privada de bienes «aumenta el capital común de la humanidad» (Locke, II, 37[31]), en especial a partir de la introducción del dinero, ya que las personas están motivadas para aumentar la productividad de sus bienes porque pueden obtener y acumular dinero a cambio (Locke, II, 48, 49), lo cual conduce al incremento de la cantidad común de recursos.

Con respecto a la idea de que la apropiación privada aumenta el capital común de la humanidad, se ha discutido si en este pasaje lo que Locke quiere decir es que el resto de las personas se *beneficiarán* a partir de la cantidad total producida[32] o bien porque esta producción reducirá «la presión sobre la tierra común restante». Esto último tendría lugar porque quien adquiere la propiedad sobre una porción de tierra y la cultiva, deja de recorrer otras tierras comunes para poder producir lo que puede obtener cultivando solo una de ellas y por lo tanto aquellas quedan disponibles para que sean cultivadas por otros[33].

Si bien Locke ha sido ambiguo en este pasaje, la interpretación correcta parece ser la primera, de acuerdo a lo que sostiene en otras secciones (Locke, II, 36, 41), las que también permiten entender por qué la segunda interpretación debe ser descartada. En consonancia con la primera interpretación, Locke hace hincapié en que es el *aumento de la reserva común* de granos en un país, generada a partir del trabajo de una persona, lo que resulta beneficioso para el resto de los habitantes del lugar, quienes se sienten en deuda con quien los ha producido (Locke, II, 36).

Además, indica que vivir en un mundo con dinero, incluso para aquellos que pierden la oportunidad de apropiarse de algún recurso, es mejor que vivir en uno sin dinero, porque se produce un mayor cantidad y diversidad de bienes que no estaban disponibles de manera previa[34]. En consecuencia, *todas* las personas estarán mejor en un mundo con dinero, aunque eso no excluye que *algunas* personas estarán mejor o tendrán más y mejores oportunidades que otras. Sin embargo, el hecho de que no

---

un régimen que permita lograr la eficiencia y la prosperidad social, para lograrlo debe concederse la propiedad privada de los recursos, más allá de cómo sea la distribución de dicha propiedad. Para un análisis detallado de este tipo de argumentos y sus posibles críticas, puede verse Christman, 1994, pp. 98-121. Agradezco a un evaluador anónimo que hizo énfasis sobre este punto.

30. Cf. Arneson, 2016, pp. 540-541; Ryan, 2012, p. 535; Kymlicka, 2002, pp. 113 y ss.
31. Se ha señalado que el pasaje 37 está relacionado con la teoría lockeana del trabajo como fuente de valor (Sreenivasan, 1995, p. 56; Simmons, 1992, p. 251) y también con su idea de que el cercamiento promueve la productividad (Wood, 1984, p. 65).
32. Cf. Macpherson, 1962, pp. 211-212. El autor utiliza este pasaje para defender la idea de que después de la introducción del dinero la condición de la suficiencia fue trascendida. La propiedad privada acrecienta la cantidad de bienes disponibles para el resto de las personas y esto permitirá que ellas puedan tener una buena vida, incluso mejor de la que tendrían si dicha introducción no hubiese tenido lugar, aunque no haya más tierras para ser apropiadas.
33. Cf. Cohen, 1995, pp. 187-188.
34. Las personas ya no tienen que deambular por diferentes tierras y luchar con otros para tomar algunos bienes consumibles, como frutas, a partir de los bienes comunes, porque ahora hay una gran cantidad de estos bienes producidos en tierras cultivadas que pueden adquirir con sus salarios (Kymlicka, 2002, p. 114).

todas ellas tengan oportunidades similares no les da motivos para quejarse, porque su situación es mejor de lo que sería en un mundo sin dinero[35].

En tal sentido, Locke compara el caso de América, donde el dinero no ha sido introducido y todas las personas todavía tienen la oportunidad de apropiarse de algo, con el de Inglaterra, donde se introdujo el dinero y se produjo la apropiación privada de tierras y, consecuentemente, la producción en grandes cantidades de todos los bienes que pueden servir de alimento, vestimenta y bienestar para sus habitantes. De allí que Locke expresa que incluso los trabajadores más pobres de una sociedad de mercado como la de Inglaterra, se alimentan, alojan y visten mejor que quienes se encuentran en la posición más privilegiada en un mundo sin dinero, como el de América (Locke, II, 41).

Con respecto a la segunda interpretación mencionada, ella no se considera la adecuada porque solo es posible sostener que una apropiación privada suprime la presión sobre otras parcelas de tierra común, en caso de que ocurra de manera previa a la introducción del dinero. Luego que esto sucede, las personas empiezan a ampliar sus posesiones (Locke, II, 36, 48, 49) y la tierra se vuelve escasa. De esta manera, ya no es preciso afirmar que la apropiación privada reduce la presión sobre la tierra común restante, porque no hay más tierras comunes para apropiarse[36].

Frente al *argumento del beneficio general*, la principal objeción que puede realizarse es que aun considerando que todas las personas obtendrán ciertos beneficios en una sociedad de mercado, a partir de la existencia de mayor riqueza social, esto no resuelve la afectación en términos de libertad que sufren quienes pierden la oportunidad de apropiarse de algún bien, al suprimirse una opción que tenían de manera previa[37].

Para comprender esta objeción, debe tenerse en cuenta que la libertad, en términos lockeanos, puede interpretarse como el derecho de las personas de auto-preservarse y tener el control sobre su propia vida (Locke, II, 6, 87, 128), dentro de lo cual estaría incluido el llevar adelante los propios planes y proyectos de vida, sin depender ni ser interferidas por terceros, para lo cual será necesario que cuenten con la oportunidad de adquirir la propiedad de ciertos bienes, los cuales les permitirán llevar adelante dichos planes.

En base a estas ideas es que se ha entendido la libertad lockeana como un derecho al autogobierno (Simmons, 1992, p. 85). Para que este derecho sea compatible con el derecho de autogobierno del resto de las personas, deben ser establecidas ciertas limitaciones. De allí que, en lo que hace a la apropiación individual de bienes, la porción de bienes que una persona podrá adquirir será aquella que no quite a otras la oportunidad

35. Cf. Arneson, 2016, p. 540; Ryan, 2012, p. 535.
36. En tal sentido, Tully indica que sería «ligeramente falso» que Locke sostenga que un agricultor que cultiva diez acres deja noventa en común para otros, porque esta persona, tras la introducción del dinero, se verá motivada a aumentar sus posesiones (Tully, 1993, p. 161).
37. Como todas las personas son iguales y libres en el estado de naturaleza, nadie puede perjudicar a los demás en sus derechos naturales, como lo es su libertad (Locke, II, 6).

de hacerlo. De lo contrario, estaría afectando el derecho de autogobierno, es decir, la libertad, del resto de las personas que pierden dicha oportunidad[38].

El problema surge, entonces, luego de la introducción del dinero, porque Locke admite que algunas personas se apropien de una gran porción de bienes mientras que otras se queden sin esa oportunidad de adquirir y no tiene en cuenta la situación de subordinación en la que podrían quedar algunas personas con respecto a otras en virtud de las diferencias en su posición económica y la gran desigualdad que se genera.

Como consecuencia de la pérdida de dicha oportunidad, entonces, ellas tendrían más probabilidades de depender de la voluntad de otras y de colocarse, en este sentido, en una peor situación de la que tenían de manera previa, ya que muchas de ellas no contarán con más opción que vender su fuerza de trabajo a quienes tienen la propiedad de los bienes productivos y aceptar las condiciones por ellas impuestas[39].

Por lo tanto, a fin de que sea posible satisfacer las exigencias derivadas de la condición de la suficiencia, debe procurarse el resguardo del derecho de autogobierno de las personas, es decir, que su libertad no sea afectada, y que ellas no dependan de la voluntad de otros para conducir sus vidas[40]. De allí que debe asegurarse que las personas que han perdido su oportunidad de apropiarse de algún bien en esa nueva situación, a través de sus ingresos, no solo obtengan lo necesario para la subsistencia, sino también para llevar adelante sus planes de vida[41].

38. Simmons, 1992, p. 85.
39. Las críticas presentadas aquí al argumento del beneficio general son similares a las realizadas por Kymlicka a la teoría de Nozick (Kymlicka, 2002, pp. 115-117). Si bien Nozick hace hincapié en los beneficios en términos materiales (económicos) que se derivan del establecimiento de un sistema de propiedad privada, que mejoraría la situación de todas las personas, incluso de quienes no tienen propiedad sobre ninguna porción de tierra en un mundo totalmente apropiado (Nozick, 1974, p. 177), no aborda la afectación en términos de libertad que sufren aquellas personas que pierden su oportunidad de apropiarse de algún bien. Así, para ilustrar este punto, Kymlicka pone como ejemplo el caso de dos personas, Amy y Ben, quienes viven en una tierra inicialmente comunitaria, en donde ambas pueden hacer uso de ella sin permiso por parte de la otra. Sin embargo, un día Amy se apropia de esa porción de tierra y le ofrece a Ben trabajar en su parcela por un salario que es superior a lo que Ben obtenía por sí mismo en la situación previa (cuando la tierra era usada de manera comunitaria). Ben debe aceptar la propuesta de Amy, ya que no existe suficiente tierra para que él viva del modo en que lo hacía antes. El acto de apropiación de Amy, de acuerdo con Nozick, estaría justificado, ya que la situación de Ben no resulta empeorada a partir de dicha apropiación, en comparación con su situación anterior. Sin embargo, Kymlicka destaca que la apropiación de Amy afecta la libertad de Ben, por un lado, porque no tiene voz acerca del estado de la tierra que estaba utilizando, sino que Amy se apropia unilateralmente de ella y no se requiere su consentimiento; por otro lado, porque Ben no tiene voz con respecto a las condiciones en las que desarrollará su trabajo, ya que son impuestas por Amy y, en caso de no aceptarlas, correría el riesgo de morir de hambre (al no tener otra forma de obtener los ingresos mínimos para poder subsistir). Esto muestra, de acuerdo con Kymlicka, que, si bien la situación de Ben puede ser que no haya empeorado en términos materiales, si se ha visto afectada en términos de libertad.
40. Simmons, 1992, p. 294.
41. La objeción aquí presentada, como surge de lo expuesto, es una objeción fundada en términos de libertad y no en términos de igualdad y, por esa razón, es que se considera una crítica interna a la

4.3. Condición negativa: condición del no desperdicio

Tal como se desarrolló más arriba, las personas comenzaron a adquirir o producir más bienes de los necesarios para satisfacer sus necesidades, con la expectativa de intercambiarlos por dinero. Como este se caracteriza porque puede conservarse sin que se eche a perder (y esto lo diferencia de los bienes de la naturaleza) es que puede ser acumulado y la condición del no desperdicio no le resulta aplicable (Locke, II, 47).

Sin embargo, esto no significa que el dinero haya anulado la existencia de esta condición. Lo que sí modifica es la distribución que se deriva a partir de su aplicación, ya que ella servía para evitar una gran acumulación de bienes en manos de una persona. No obstante, a partir de la introducción del dinero, las personas pueden acumular tanto dinero como otros bienes y el único límite a dicha acumulación será siempre el que estos no se echen a perder en sus manos.

Por lo tanto, esta condición sigue siendo aplicable con respecto a aquellos bienes cuya conservación exige que sean usados por medio del trabajo o de su consumo, porque de otro modo se desperdiciarían[42]. Por ejemplo, en el caso de la tierra, las personas podrán adquirir más parcelas a través del dinero, pero para poder mantener su propiedad deben destinarlas a un uso productivo. Es posible pensar que, en esta situación, ellas se verán motivadas a usarla de la manera más productiva posible, al estar interesadas en acumular dinero a partir de la venta de los bienes producidos por ella. Sin embargo, que esto ocurra, dependerá de la decisión que ellos tomen de forma voluntaria (acerca de qué producir y en qué medida) de acuerdo a los beneficios que esperan obtener[43].

De todas maneras, es importante señalar que, aunque la condición del no desperdicio no requiere que los titulares usen los bienes de la manera más productiva posible, esto no quita que Locke esté a favor de que el Estado incentive a las personas a utilizar sus recursos de esta forma (aunque si los propietarios no lo hacen, sus derechos de propiedad no se verán afectados).

---

teoría de Locke, referida a la distribución de recursos. Agradezco a un árbitro anónimo por sugerirme que clarifique este punto.

42. Se ha indicado que Locke también debería estar dispuesto a reconocer que es posible desperdiciar el dinero cuando su uso implica su despilfarro y a condenar dicho desperdicio ya que, si bien no es perecedero en sí mismo, es intercambiable por los bienes que son necesarios para el sostenimiento de la vida (Simmons, 1992, p. 287).

43. Así, aun cuando es posible sostener que Locke asume que los propietarios privados pretenden adquirir tierras para hacerlas producir, porque están interesados en el dinero que pueden obtener a partir de los intercambios que realicen con lo producido por tales bienes, esto no quita que también asume que algunos de ellos pueden no destinar sus tierras a ningún uso, en cuyo caso se producirá la pérdida de su propiedad. Sostener esto no implica defender un argumento a favor de la expropiación por parte del Estado, ya que la pérdida de la propiedad se produce por el no uso de dichas tierras por un cierto de período de tiempo. Una vez que esto ocurre, ellas volverán al estado natural común, por lo tanto, el Estado no estaría en condiciones de expropiarlas, ya que no tienen un dueño de quien tomar su propiedad. En todo caso, lo que podrá hacer es fomentar su productividad, es decir, que las personas las trabajen y, de ese modo, adquieran su propiedad. Agradezco a un árbitro anónimo que me sugirió precisar este punto.

En este sentido, en uno de los pasajes en los que Locke destaca el valor del trabajo humano y su importancia en el caso de la tierra, se refiere a su vez al «arte de gobernar» que consiste en «aumentar las tierras» (Locke, II, 42). Como señala Tully, esto significa el *aumento de la productividad* de la tierra (Tully, 1993, p. 165). Esta interpretación se corresponde con el sentido de toda la frase, que trata de enfatizar que se debe preferir un mayor número de personas a una mayor extensión de tierras, porque su trabajo es lo que agrega valor y hace que ellas sean productivas. Además, tiene sentido leerlo de esta manera porque el Estado no puede aumentar la tierra en sí, si eso significa crear este recurso. Lo que sí puede hacer mediante el diseño de algunas políticas públicas es impulsar a las personas a incrementar la productividad de sus parcelas.

Por último, corresponde destacar que la condición del no desperdicio se cumple aun cuando no sean los propietarios del bien quienes hagan uso de él. La introducción del dinero conduce a situaciones en las que ellos ceden a otras personas su derecho de uso a cambio del pago de una suma de dinero. Si el objetivo de dicha condición es que los recursos no perezcan en manos de sus titulares, no es relevante para que resulte satisfecha si son ellos quienes los ponen en uso o la persona a quien le han cedido tal derecho.

Por lo tanto, la condición del no desperdicio no requiere que el propietario utilice sus recursos por sí mismo para poder mantener su propiedad. De la misma manera que después de la introducción del dinero una persona puede adquirir la propiedad privada de sus bienes a través del trabajo de otras personas, ella puede mantenerla a través del uso que les dan aquellos a quienes les ha cedido su uso.

5. DISTRIBUCIÓN DE LA PROPIEDAD PRIVADA DESPUÉS DE LA INTRODUCCIÓN DEL DINERO

Tal como surge de los apartados 4. 1., 4. 2. y 4. 3., el impacto que el dinero tiene en las condiciones de justificación de la propiedad privada también genera consecuencias sobre la distribución de la propiedad derivada de dichas condiciones. Antes de que existiera el dinero, cada persona podía apropiarse de los recursos sobre los que había trabajado. Sin embargo, después de su introducción, la cantidad de bienes de la que es propietaria puede aumentar a través del trabajo de otras personas a quienes contrata para que trabajen para ella[44] o de su adquisición mediante el pago de una suma de dinero.

A su vez, las personas pueden ampliar la porción de recursos que poseen porque es posible cambiar el excedente que producen por dinero, que es duradero y no perece. Así, pueden mantener la propiedad sobre una gran cantidad de dinero y recursos, lo que permite su acumulación, siempre que estos últimos no se echen a perder en sus

44. La porción de bienes de quien contrata a otras se incrementa no solo en relación con los que trabajan para ella, sino también con los que no tienen la posibilidad de contratar a otras para que trabajen en su parcela de tierra.

manos. Este es el único límite aplicable a dicha acumulación a fin de no violar la condición del no desperdicio.

La introducción del dinero conduce entonces a profundas desigualdades en la cantidad de bienes (recursos naturales como dinero) de la que cada persona es titular, ya que es posible que algunas de ellas adquieran y mantengan grandes cantidades mientras que otras tienen una porción pequeña o bien se quedan sin la posibilidad de apropiarse de algún bien.

Por lo tanto, es posible que surjan problemas en torno a la distribución existente de los bienes, ya que algunas personas tendrían motivos para quejarse de las apropiaciones realizadas por otras, ya que, o bien el consentimiento que dieron a la introducción del dinero no implicó la aceptación de tales consecuencias, o bien no dieron su consentimiento (porque no participaron de los acuerdos monetarios o todavía no eran parte de la comunidad en la que ellos tuvieron lugar).

Tal como se detalló en el apartado 4. 2., aun cuando se considere que las personas obtienen beneficios y se encuentran en una mejor situación en términos económicos en un mundo con dinero que en un mundo donde este no ha sido introducido, esto no resuelve la afectación en términos de libertad que algunas personas sufren, al perder la oportunidad de apropiarse de algún bien. Por esta razón, para que sea posible satisfacer las exigencias derivadas de la condición de la suficiencia en esta nueva situación y, de ese modo, proteger la libertad de las personas, debe asegurarse que ellas, a través de sus ingresos, obtengan no solo lo necesario para su subsistencia, sino también para poder llevar adelante sus planes de vida.

6. CONCLUSIÓN

Al desarrollar su justificación de la apropiación privada de bienes, Locke establece diferentes condiciones a fin de que ella sea legítima. Así, además de la condición positiva del trabajo, establece otras dos condiciones que buscan asegurar que ella no cause perjuicio a otras personas: la condición de la suficiencia y la condición del no desperdicio.

En este trabajo se intentó mostrar, por una parte, cuáles son las exigencias derivadas de las condiciones mencionadas, especialmente de la condición de la suficiencia y del no desperdicio y, por otra parte, los efectos que la introducción del dinero tiene sobre estas condiciones y sobre la distribución de la propiedad que se deriva a partir de ellas.

En cuanto a la condición del trabajo, se indicó, por un lado, que ella garantiza que cada persona se apropie de los recursos sobre los que mezcla su propio trabajo. Como la capacidad de trabajo de cada persona es limitada, la cantidad de recursos de los que pueden apropiarse también lo es. Por otro lado, que luego de la introducción del dinero, es posible que las personas adquieran recursos no solo a partir de mezclar su propio trabajo, sino del trabajo que otras mezclen para ellas a cambio de dinero, como también a través del dinero en sí.

Con respecto a la condición del no desperdicio, se mostró, por un lado, que ella requiere un uso regular y productivo de los bienes por parte de los propietarios para poder mantener la propiedad privada sobre ellos. Por otro lado, que luego de la introducción del dinero, ella continúa siendo aplicable a los recursos que requieren ser puestos en algún uso para que no se desperdicien, pero no es aplicable al dinero, ya que este no perece.

Con respecto a la condición de la suficiencia, se mostró, por un lado, que ella garantiza que las personas tengan la oportunidad de apropiarse de bienes sobre los cuales tienen un derecho en común con otros. Por otro lado, que, al introducirse el dinero, la situación de algunas personas resulta perjudicada, al perder la oportunidad de apropiarse de algún bien, y que la estrategia de Locke de recurrir al consentimiento dado por las personas para la introducción del dinero para justificar las consecuencias que se derivan de su introducción es incorrecta, aun cuando ellas puedan resultar beneficiadas en términos económicos.

Por otra parte, se abordó el impacto del dinero sobre la distribución de la propiedad que se deriva a partir de las condiciones mencionadas. Como la condición de la suficiencia asegura que todas las personas tengan la oportunidad de apropiarse de algún recurso, la condición del trabajo garantiza que ellas adquieran la propiedad solamente de los bienes sobre los que mezclan su trabajo y la condición del no desperdicio asegura que puedan mantener la propiedad solo si ellos son puestos en algún uso productivo, esto permite evitar, o al menos reducir al mínimo, las disputas entre los miembros de la comunidad sobre la distribución existente de los recursos, es decir, la porción de recursos que está en manos de cada persona.

Sin embargo, luego de la introducción del dinero, las personas pueden aumentar la cantidad de bienes que poseen porque pueden adquirirlos a partir del trabajo de otras personas o del dinero con el que cuentan y porque pueden trabajarlos con la expectativa de intercambiar lo producido por dinero, el cual no perece. Las personas, entonces, pueden mantener la propiedad sobre una gran cantidad de dinero y recursos, lo que permite su acumulación, siempre que estos últimos no se echen a perder en sus manos. Esto conduce a una distribución ampliamente desigual de los bienes y a posibles disputas entre los miembros de la comunidad en virtud de la distribución resultante y de la pérdida de oportunidad de apropiarse de algún bien por parte de algunas personas.

Para que sea posible que, después de la introducción del dinero, las apropiaciones privadas de recursos no perjudiquen la situación de otras personas y su distribución no suscite grandes disputas entre los miembros de la comunidad, deben satisfacerse las exigencias derivadas de la condición de la suficiencia. De allí que debe procurarse resguardar la libertad de las personas, para lo cual deberá asegurarse a aquellas que han perdido su oportunidad de apropiarse de algún bien en esa nueva situación y cuya única opción es vender su fuerza de trabajo a quienes tienen la propiedad de los bienes productivos, que a través de sus ingresos no solo obtengan lo necesario para la subsistencia, sino también para llevar adelante sus planes de vida.

BIBLIOGRAFÍA

Alexander, G. y Peñalver, E. (2012). *An Introduction to Property Theory.* New York: Cambridge University Press

Arneson, R. (2016). «Locke and the Liberal Tradition», en Stuart, M. (Ed.) *A Companion to Locke* (528-545). England: Wiley Blackwell

Beitz, C. (2017). «Property and Time», *The Journal of Political Philosophy*, *4*(26), 419-440

Beitz, C. (1980). «Tacit Consent and Property Rights», *Political Theory, 4*(8), 487-502

Cohen, G. (1995). *Self-Ownership, Freedom, and Equality*. Cambridge: Cambridge University Press

Christman, J. (1994). *The Myth of Property. Toward an Egalitarian Theory of Ownership.* New York: Oxford University Press

Kymlicka, W. (2002). *Contemporary Political Philosophy. An Introduction.* New York: Oxford University Press

Locke, J. (1998). *Two Treatises of Government* [1689]. Cambridge: Cambridge University Press

Macpherson, C. (1962). *The Political Theory of Possessive Individualism. Hobbes to Locke*. New York: Oxford University Press

Nozick, R. (1974). *Anarchy, State and Utopia*. Oxford: Basil Blackwell

Ryan, A. (2012). *The Making of Modern Liberalism.* Princeton: Princeton University Press

Simmons, J. (1992). *The Lockean Theory of Rights.* Princeton: Princeton University Press

Simmons, J. (1979). *Moral Principles and Political Obligations.* Princeton: Princeton University Press

Smith, A. (1976). *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations* [1776], Campbell R. y Skinner, A. (Ed.). Oxford: Oxford University Press

Sreenivasan, G. (1995). *The Limits of Lockean Rights in Property.* New York: Oxford University Press

Thomson, J. (1971). «A Defense of Abortion», *Philosophy and Public Affairs*, *1*(1), 47-66

Tully, J. (1993). *An Approach to Political Philosophy. Locke in contexts.* Cambridge: Cambridge University Press

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

Waldron, J. (1979). «Enough and as Good Left for Others», *The Philosophical Quarterly, 117*(29), 319-328

Wood, N. (1984). *John Locke and Agrarian Capitalism.* Berkeley & Los Angeles: University of California Press

EN TORNO A LA APLICACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO

Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, (2022), *45*
e-ISSN: 2386-4702 | ISSN: 0214-8676

¿Jueces sensibles? Una introducción al análisis del rol de las emociones en la decisión judicial

Sensitive Judges? An Introductory Analysis of the Role of Emotions in Judicial Decision Making

María Carlota Ucín*

Autor:
María Carlota Ucín
Universidad de Palermo, Argentina
Universidad Nacional de la Plata, Argentina
mucin1@palermo.edu
https://orcid.org/0000-0002-5730-3649

Recibido: 20-5-2020
Aceptado: 20-1-2021

Citar como:
Ucín, María Carlota (2022). ¿Jueces sensibles? Una introducción al análisis del rol de las emociones en la decisión judicial. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, *45*, pp. 191-219. https://doi.org/10.14198/DOXA2022.45.07

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

© María Carlota Ucín

Resumen

En el presente trabajo realizo un señalamiento de algunos de los problemas vinculados con el rol de las emociones en la decisión judicial. Se parte de la hipótesis de que existe una dimensión emocional en el fenómeno de la decisión judicial que ha venido siendo relativamente despreciada en los estudios propios de juristas y teóricos del Derecho. Entonces, luego de revisar el funcionamiento de las emociones y de la empatía, así como también las particularidades del Litigio de Interés Público, argumento la importancia de aquéllas a fin de lograr un adecuado juzgamiento de conflictos complejos. Finalmente, desde un punto de vista normativo, se revisitan las virtudes judiciales, buscando en ellas un enlace entre las emociones y el adecuado rol desempeñado por los jueces al decidir.

Palabras clave: emociones; decisión judicial; empatía; virtudes judiciales; litigio de interés público

Abstract:

In this paper I work on some of the problems related to the role of emotions in the judicial decision. My hypothesis is that there is an emotional dimension in the phenomenon of judicial decision which has been relatively neglected in the studies of jurists and legal theorists. Then, after reviewing the functioning of emotions and empathy as well as the particularities of Public Interest Litigation, I argue about the relevance of the former in order to achieve an adequate judgment of complex conflicts. Finally, from a

* El presente trabajo fue realizado durante una breve estancia posdoctoral en la Universidad de Alicante. Agradezco especialmente a la Fundación Carolina y a la Universidad de Palermo (Argentina), quienes me otorgaron la beca que lo hizo posible. También a los amigos alicantinos que accedieron a discutir una versión anterior del presente. Sus críticas me ayudaron a revisar algunos puntos del presente hasta donde mis limitaciones lo hicieron posible. En particular, estoy en deuda con Daniel González Lagier por su generosa ayuda y por haberme permitido el placer de compartir reflexiones, dudas y sentires sobre un tema a cuyo estudio se dedica desde hace tiempo.

normative perspective, judicial virtues are revisited, looking for a link between emotions and the appropriate role played by judges in deciding.

Keywords: emotions; judicial decision; empathy; judicial virtues; public interest litigation

I. INTRODUCCIÓN

La hipótesis que subyace a la presente investigación es que en el fenómeno de la decisión judicial existe una dimensión emocional, que ha venido siendo relativamente despreciada en los estudios propios de juristas y teóricos del Derecho, especialmente en el Derecho continental (González Lagier, 2020: 37).[1] Quizás sea sólo un juego lingüístico, pero cabe pensar por qué si en la raíz latina de la palabra sentencia (*sententia*) se halla el verbo *sentire*,[2] se ha despreciado totalmente este aspecto de la decisión judicial.

De hecho, cualquiera sea la concepción del Derecho que se adopte, en general la mirada se ha puesto en la sentencia como acto cognoscitivo que pone fin a un pleito.[3] Desde este enfoque, se concentra el análisis en una mirada técnico-legal tanto de los hechos y su prueba, cuanto del Derecho aplicable. Como decía, en esto coinciden las distintas teorías acerca del Derecho. Claro que luego, en cuanto al manejo técnico del material legal, habrá diversas posturas referidas a cómo opera el juez con los enunciados normativos, es decir, si cuenta con mayor o menor discrecionalidad y finalmente, cómo da cuenta de esta última en la redacción de la sentencia (*i.e.* su justificación).

Sin embargo, parece que la actividad jurisdiccional es un fenómeno más complejo que debe recoger, además, la dimensión humana y más sensible del conflicto, sin que esto implique introducir la irracionalidad en el proceso. Al contrario, dar cuenta del fenómeno puede contribuir a introducir un mejor control sobre estos aspectos emocionales implicados en el acto jurisdiccional. Esta dimensión olvidada, se vincula con la comprensión empática de los planteos de ambas partes, como condición para alcanzar un adecuado nivel de imparcialidad. Además, la correcta aplicación de los enunciados normativos quizás no pueda ser efectivamente alcanzada si no se consigue una lectura sensible de los hechos controvertidos y también, de los fines y valores contenidos en las normas. Contra lo que ha venido siendo la tradición de los últimos tiempos, pareciera que no puede haber verdadera justicia sin que los jueces alcancen un adecuado manejo del *pathos* implícito en el Derecho.

1. En este sentido, expresa González Lagier que la concepción tradicional del Derecho ha visto en las emociones un elemento a ser desterrado de la toma de decisiones por su carácter irracional e incontrolable que conduce a decisiones parciales e irreflexivas.
2. Traducido como sentir, percibir o tener una opinión.
3. La mirada propia de la Teoría de la Argumentación Jurídica amplía la mira, cuando se enfoca no sólo en el contexto de justificación sino también en el de descubrimiento. Es decir, mira además del producto de la argumentación, el proceso que le antecede a la toma de la decisión. Sin embargo, esto no resulta suficiente para dar cuenta del fenómeno que aquí señalo.

Desde el enfoque propuesto, se podría establecer una sintonía más fina entre las decisiones judiciales y la justicia. Y así, las decisiones judiciales podrían también encontrar una mejor comprensión por parte de la comunidad, la que, por lo general, halla que tras tecnicismos jurídicos se anida la injusticia.[4] El divorcio entre la sentencia judicial y la justicia puede explicarse por diversas razones. A veces este apartamiento tiene explicaciones sociológicas, vinculadas a la conducta desviada de los jueces. Un juez que prevarica habrá de resolver conforme a fines distintos de los contenidos en la propia ley y, por tanto, su decisión puede resultar apartada de la justicia. Pero éste sería un supuesto patológico –más o menos común según el país de que se trate– pero por esa misma razón se lo podría desestimar, para pensar en supuestos de decisiones injustas no patológicas.

Así, puede darse también que la distancia se explique porque la propia ley es injusta, entonces la aplicación acrítica de una ley que vulnera valores del sistema puede arrojar consecuencias disvaliosas. Lo mismo sucedería si se aplicara una ley justa, pero con una interpretación formalista de sus términos o de los hechos de la causa. También puede haber decisiones injustas, a partir de una errónea valoración de la prueba, es decir, por una equívoca reconstrucción de los hechos históricos controvertidos y luego, una inadecuada aplicación de la ley al caso. Aquí se presenta un problema de aplicación del Derecho y su valoración estará determinada por su posicionamiento teórico, tanto en relación con la tarea de interpretación del Derecho, cuanto en la definición del rol del juez respecto de la valoración de la prueba.

Entonces, aun dejando de lado casos de corrupción, un buen juez, podría incurrir involuntariamente en dictar soluciones «injustas». Todas estas circunstancias pueden hacer entonces que los ciudadanos critiquen una decisión porque la «sienten» injusta. Ahora bien, la pregunta que sigue es: por qué tantas veces los juristas se muestran apartados del «sentimiento de justicia». ¿Hay algo a rescatar en esta afirmación más allá de la bella imagen? Precisando la pregunta: ¿Es necesaria la introducción de algún elemento emocional para lograr un mayor acercamiento a la justicia y con ello a la moral?

La introducción de la dimensión emocional en los estudios relativos al fenómeno jurídico no es una cuestión tan novedosa para el Derecho angloamericano.[5] Incluso, en otros países también hay interés por el estudio de las emociones en disciplinas como el

4. Muchas veces la crítica a las decisiones del poder judicial, dirigidas desde la mirada del hombre y la mujer «de a pie», se orientan a cuestionar la «justicia» del caso. Sin entrar en los matices de estas apreciaciones, no siempre correctas, por cierto, y sin que ello implique asumir una postura metaética emotivista, cabe pensar –y también cuestionarse– por qué se da (en muchos casos) cierto divorcio entre la técnica jurídica de aplicación del Derecho y la «justicia». Valor éste al que, por lógica, debe servir aquél. Por lo demás, ¿Qué sucede cuando las decisiones judiciales se apartan notoriamente del «sentido común»? ¿Acaso hay allí también una pista de la sensibilidad perdida?

5. En la academia angloamericana, la literatura sobre el tema se engloba en el denominado enfoque de «*Law & emotions*», con varios estudios interdisciplinarios acerca del rol de las emociones en diversos aspectos del fenómeno jurídico, incluida la actividad jurisdiccional. Y además, ya antes, el realismo jurídico había dado cuenta de los diversos factores que podían determinar la variabilidad de las decisiones judiciales.

Derecho Penal. Aunque en este último caso, la relación se establezca entre las emociones y la acción del agente imputado de un delito. El estudio de las emociones, por su parte, reviste un interés creciente para muchas otras disciplinas, desde las Neurociencias, la Psicología hasta la Filosofía. Los avances y nuevos conocimientos sobre la materia invitan a su estudio pormenorizado, analizando viejos problemas a la luz de nuevas herramientas conceptuales.

Aquí se propone entonces, una mirada sobre el rol de las emociones en la decisión judicial. Para ello se deberá comenzar con algunas precisiones conceptuales y terminológicas vinculadas con las emociones (II) y la empatía (III), para luego poder analizar su modo de funcionar en la decisión judicial, en especial se tematizará sobre los casos de Interés Público (IV). Luego, se concluirá con un análisis que ponga en vinculación a las emociones con las virtudes judiciales (V). Como conclusión se esbozan algunas líneas provisionales, como puntos de inicio para ulteriores estudios (VI).

II. ALGUNAS PRECISIONES SOBRE EL CONCEPTO DE EMOCIÓN

En particular, se impone dar precisión al concepto de emoción, así como también, delinear una definición del término empatía. Existe en este dominio una gran indeterminación semántica explicable, fundamentalmente, porque estos términos son empleados por diversas disciplinas. Desde la Filosofía hasta la Neurociencia, incluyendo enfoques tan dispares como los proporcionados por el Derecho o la Psicología cognitiva o social. En consecuencia, las definiciones de las que se parta deben ser elaboradas a partir de la determinación de las propiedades que resulten relevantes para el estudio propuesto.

En este caso, voy a distinguir a las *emociones* de la *empatía*. Para ello estipularé definiciones que sean lo suficientemente abiertas como para permitirme argumentar provisionalmente, respecto de su presencia en la actividad jurisdiccional. Las definiciones que propondré no pretenden apartarse en exceso de los avances operados en las referidas disciplinas.

En el sentido corriente, se suele aludir a las emociones identificándolas con lo que aquí se llamará «estados emocionales». Estos últimos pueden ser definidos como *aquellas sensaciones que surgen como respuesta ante estímulos externos (reales o imaginarios), que se manifiestan como un reflejo más o menos perceptible en el cuerpo y que pueden provocar alguna interferencia con el razonamiento de tipo analítico, sea para exaltarlo o menguarlo.*

Esta acepción, resulta aún muy vaga para nuestros propósitos, pero se la refiere porque se encuentra cercana a una de las formas con que en el lenguaje corriente se refiere a las emociones. Sería una suerte de identificación de las emociones con el corazón, por oposición a la racionalidad de tipo intelectual o cognitiva. La misma da cuenta del «lugar común» por el cual se puede pensar que un enamorado actúa siguiendo a su corazón mientras que un hombre racional, sigue los dictados de su razón. Lo que corrientemente podría reducirse a las fórmulas: «obrar con la cabeza» u «obrar con el corazón».

Como se ve, hasta aquí no es posible distinguir las emociones en sí, de la empatía, pues en ambos casos, la persona que se encuentra en alguno de estos «estados emocionales», actúa conforme a su parte más sensible, a su corazón, para seguir empleando la metáfora. Bien es cierto que este terreno es sumamente pantanoso, por cuanto esta definición hace que ingresen en este universo algunos ejemplos que a su vez también podrían ser virtudes éticas o sus contrarios. Es decir, que la definición al ser tan vaga resulta inoperante para el fin clarificador que se debería imponer. De hecho, cabe en este espacio emocional, tanto la pasión desenfrenada cuanto la motivación bien conducida hacia el trabajo productivo y de excelencia.

Para comenzar con las prometidas precisiones se puede decir que esta identificación de los sentimientos con el corazón y la razón con el cerebro carece de asidero científico. Actualmente la neurociencia estudia los mecanismos cerebrales vinculados con las emociones. Entonces, si bien es cierto que los circuitos que se encienden con el pensamiento racional-analítico pueden ser diversos de los emocionales, ello no permite desvincularlos completamente. De hecho, ambos tendrían lugar en áreas vinculadas del cerebro, asociadas a su turno, con el sistema nervioso periférico y, por tanto, con el cuerpo.[6]

Con el propósito de delimitar el concepto de emociones –apartándonos del señalado sentido corriente, aquí identificado con los estados emocionales– se dará al concepto un sentido más estricto a partir del cual se podrá establecer una distinción entre éstas y la actitud empática. Desde esta mirada, la emoción puede ser entendida como *aquellas experiencias sensoriales o somáticas, derivadas del pensamiento consciente o inconsciente en relación con un hecho u objeto externo, que pueden incidir, a su vez, sobre la comprensión de otras circunstancias externas que rodean al agente obrando de influencia para la determinación de su conducta ulterior.*

Como se ve, la definición añade el elemento interpretativo, que tiene que ver con el sentido que el pensamiento, de manera consciente o inconsciente, atribuye a un hecho u objeto externo. La diferencia con el *estado emocional* reside, según esta definición, en que el primero piensa en un rol pasivo del agente que es «tomado» por «los sentimientos». Mientras que, en las emociones hay un rol protagónico del pensamiento y por ello también del agente. Ello no excluye, sin embargo, cierta incidencia casi circular entre el resultado de esa emoción y las ulteriores interpretaciones. De allí que las emociones tengan un rol epistémico que si no es clarificado debidamente pase a operar de manera inconsciente.

En esta misma línea, y desde una tradición cuyos orígenes se remontan hasta Aristóteles, se puede afirmar el carácter complejo de las emociones (González Lagier, 2009: 27). Esto es, la integración de un elemento fenomenológico o sensitivo y otro racional o intelectual. Se suelen señalar cuatro aspectos centrales de las emociones:

6. Si bien esta interacción no se halla totalmente demostrada, es la tesis del «marcador somático» desarrollada por Damasio, 2009.

el *somático*, el *cognitivo*, el *objeto externo* con el que se vinculan (objeto intencional) y la *acción.* Así, por ejemplo, González Lagier (2009:57, 61-78)[7], afirma que las emociones se compondrían de los siguientes cinco elementos:

a) una creencia o evaluación sobre un hecho u objeto exterior;
b) un objeto intencional, es decir, aquél sobre el que recae la creencia;
c) un conjunto de cambios fisiológicos vinculados al «sentir» la emoción en nuestro cuerpo;
d) una sensación;
e) la expresión de dicha emoción y
f) una tendencia a la acción derivada de los factores anteriores.

Sin embargo, se puede destacar que no todos estos elementos deben estar presentes en cada fenómeno emocional, podría faltar alguno de ellos y, sin embargo, estar ante una emoción. Así, por ejemplo, no toda emoción, necesariamente tiene un objeto intencional o conduce invariablemente a la acción (Elster, 2002: 329 y 342-3). No voy a abordar aquí la relación entre emociones y racionalidad.[8] Simplemente, asumiré que las mismas no importan necesariamente un apartamiento de ésta y también, que al anidar en ellas un aspecto cognitivo, pueden ser pasibles de intelección y manejo racional. Por último, también, que las emociones pueden llegar a mejorar la racionalidad de una decisión (Damasio, 2009: 282).[9]

Más allá de las enumeraciones[10] interesa desarrollar algún criterio ordenador de los distintos tipos de emociones. Tentativamente, se puede sugerir la existencia de dos categorías generales. Una primera, de «emociones básicas»[11] y otra de «emociones complejas». El elemento que propongo como determinante para la distinción sería la prevalencia en uno u otro grupo del elemento somático (sensaciones en el cuerpo, reacciones más automáticas y menos controlables en aquél) o el cognitivo. Mientras que

7. En un sentido afín, Elster desarrolla seis rasgos de las emociones: a) la excitación corporal, b) las expresiones fisiológicas, c) los antecedentes cognitivos, d) los objetos intencionales, e) la valencia (placer/dolor), f) la tendencia a la acción y una sensación cualitativamente única. Elster, 2002: 76.
8. Sobre el punto puede verse Elster, 2002 y González Lagier, 2009.
9. Afirma el autor: «*Saber la relevancia de los sentimientos en los procesos de la razón* ***no*** *sugiere que la razón sea menos importante que los sentimientos, que deba ocupar un segundo lugar en relación con ellos o que tenga que ser menos cultivada. Por el contrario, evaluar el papel penetrante de los sentimientos nos puede dar una oportunidad de aumentar sus efectos positivos y de reducir su peligro potencial.*» (el destacado pertenece al original).
10. En general cada autor al abordar el tema desarrolla un catálogo de éstas.
11. En el texto me aparto de las categorías utilizadas más corrientemente en la literatura sobre las emociones. En ésta, se alude a las emociones básicas como una suerte de «unidad emocional», de tipo atómica que, a su vez, se presentarían en la especie humana de modo universal. Luego, las emociones complejas, que serían el resultado de combinarse dos o más emociones básicas. González Lagier, 2009: 34; Casacuberta, 2000: 160-163; Calhoun – Solomon, 1989: 32-33. En cambio, mis categorías resultan afines a las presentadas por Damasio (2009: 156-167) quien analiza el funcionamiento de las que llama «emociones primarias» y «emociones secundarias». Siendo las primeras aquellas en las que prevalece el elemento somático y las segundas, las que tienen prevalencia del elemento cognitivo.

en las emociones básicas prevalece el primero, en las complejas prevalece el elemento cognitivo, sin que por ello desaparezca totalmente su complementario.

En el primer grupo se puede ubicar a las emociones como el *miedo*, la *rabia* o la *cólera.* Estas emociones básicas no carecen totalmente del elemento cognitivo, de valoración de la situación, pero en cambio, prevalece en ellas la reacción somática y sensorial. En el caso de emociones más complejas, como el *odio*, el *amor,* la *piedad*, la *compasión* o la *envidia*, parece haber un elemento cognitivo más desarrollado. Hay aquí un mayor desarrollo de creencias o valoraciones vinculadas al objeto intencional que motorizan las reacciones emocionales. En el siguiente gráfico se muestra cómo operaría esta relación entre el tipo de emoción y los rasgos señalados:

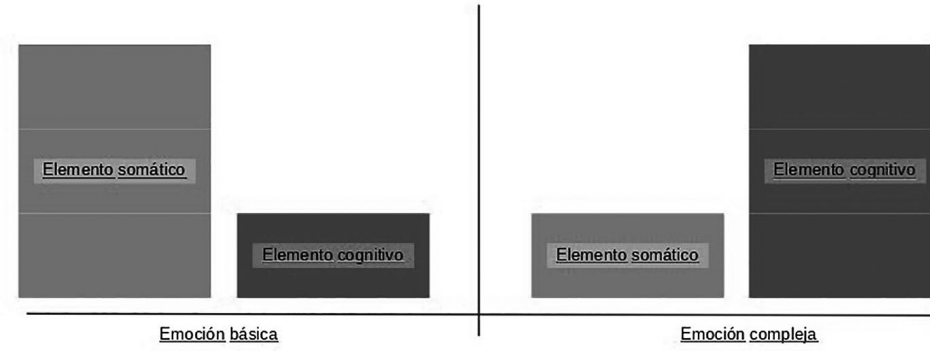


Fig. 1: El gráfico ilustra la relación entre el elemento somático o sensorial y el cognitivo. Las emociones básicas (izquierda) tienen una prevalencia del elemento somático, mientras que las complejas (derecha) del cognitivo. Sin embargo, no hay para éstas una ubicación fija, sino diversos niveles en los que una misma emoción, podría oscilar, estando –según el caso– más cerca de ser compleja o básica.

La distinción propuesta no puede ser estática. De hecho, una misma emoción podría ser básica o compleja según el caso. Por ejemplo, el *miedo*, definido *a priori* (en la literatura clásica sobre el tema) como una emoción básica podría comportarse en algunos supuestos como una emoción compleja. Así, el miedo ante un riesgo inminente, un incendio u otra catástrofe inesperada sería un ejemplo de la primera categoría. En cambio, cuando el miedo se basa en reflexiones detenidas, podría ser visto como una emoción compleja. Nótese que la presencia de este elemento cognitivo en las emociones complejas no aporta necesariamente una mayor racionalidad a la emoción.

Puede pensarse en el temor ante un ataque terrorista. El mismo podría fundarse en la información más o menos verosímil obtenida de oficinas de inteligencia a las que se tiene acceso directo por razones profesionales. Todo ello, en el contexto de un país con riesgo objetivo de ataque de este tipo. En este caso, el temor parece fundado y la emoción, razonable. Pero también podría tratarse de una persona fóbica, que sintiera el mismo temor, sin ninguna base sólida para fundarlo, en cuyo caso la emoción sería igualmente compleja pero irracional por infundada.

Además, visto el temor como una emoción básica, la reacción emocional aparece como respuesta ante el conocimiento de la amenaza y debería cesar tan pronto como ésta desapareciera. En cambio, el temor que deriva del razonamiento antecedentemente expuesto no dejará de existir hasta que no se pueda corroborar con datos fehacientes que las células terroristas han quedado totalmente desarticuladas. O quizás, sólo desaparezca con tratamiento psicológico adecuado en caso de ser una fobia. Es decir, en las emociones complejas, la mediación fuerte del elemento cognitivo determina su mayor estabilidad. En cambio, en las emociones básicas, habría algo de respuesta mecánica y automática.

III. ACERCA DE LA EMPATÍA

En cuanto a la empatía, también es cierto que la pluralidad de definiciones[12] genera una confusión que poco favorece la posibilidad de llegar a acuerdos respecto de su presencia o el modo en que funciona en el campo de la decisión judicial. El término se comenzó a usar hace aproximadamente un siglo, en el dominio de la estética por Vischer (Wispé, 1986: 314-321, quien cita a Wind, 1963) como una traducción del término alemán *Einfühlung*. El mismo, fue empleado para describir el «conocimiento emocional» desde dentro de una pieza de arte, sintiendo resonancia emocional con dicha obra. El término fue llevado luego, a finales del siglo XIX, al campo de la psicología por Lipps (Riess, 2017: 74-77; Wispé, 1986; Cuff et al., 2016; Samamé, 2016: 1-12).

En un sentido corriente, la empatía alude a una capacidad emocional o sensible de colocarse en el lugar de otro, sintiendo en la propia piel su dolor o su felicidad. Trataré de mantener este aspecto central dentro de la definición que aquí se habrá de presentar. Como se puede apreciar, la empatía aparece en un nivel diverso de la emoción definida en un sentido estricto. Porque si bien es una habilidad de tipo emocional o afectiva (en el sentido más amplio aquí dado al término) y por ello, ingresaría en tal noción amplia de la emoción, no es coextensiva con aquélla. Guarda un parecido de familia, pero es necesario elaborar una definición propia porque su funcionamiento es parcialmente diferente. En verdad, es un poco más sofisticado y tiene, por así decirlo, una mayor complejidad intelectual.

En el ámbito de la Psicología, hay numerosos estudios que intentan determinar un concepto más preciso de la empatía, aquí tomaré el de Decety – Jackson, a partir de la formulación propia de Ickes, por resultar consistente con las intuiciones que hasta aquí se han expuesto: «La empatía es una compleja forma de inferencia psicológica en la que la observación, memoria, conocimiento y el razonamiento se combinan para lograr ingresar a los pensamientos y sentimientos de otros.»

12. En Cuff et al., 2016: 144-153, puede verse una reconstrucción del concepto, a partir de un análisis de 43 definiciones encontradas del término.

Los autores afirman que en la empatía debe haber no sólo reconocimiento y entendimiento del estado emocional de otro, sino también, experiencia afectiva de tal estado emocional de la otra persona (Decety – Jacson, 2004: 71-100 (73). Siguiendo con la metáfora propuesta por estos autores, «la arquitectura de la empatía» se puede definir a partir de tres elementos estructurales:

a) Una capacidad cognitiva para adoptar la perspectiva de la otra persona;
b) Una respuesta afectiva hacia ella que puede implicar compartir su estado emocional;
c) Algún mecanismo regulatorio que permita mantener registro del origen propio o ajeno de los sentimientos.

Como se ve, y al igual que las emociones, la empatía también se compone de un elemento cognitivo y uno afectivo. Sin embargo, la habilidad empática es más compleja porque crea una suerte de estructura meta-emocional de fuerte componente cognitivo. El fenómeno de la empatía, según los autores que vengo siguiendo, tendría a su vez, los siguientes pasos:

a) *identificación:* En este momento se focaliza la atención en otro para permitirse ser absorbido en la contemplación de esa persona;
b) *Incorporación o internalización:* Por la cual, se hace de la experiencia del otro también la propia;
c) *Reverberación:* En que se mantiene la internalización de la experiencia del otro mientras se la observa a la luz de los elementos cognitivos y afectivos propios que pueden ser asociados a tal experiencia;
d) *Separación:* Se procura volver al estado de separación afectiva con la otra persona para dar una respuesta que permita no sólo la cabal comprensión del estado de aquél sino también, el haber superado la identificación (Reik, 1949 en Decety-Jackson, 2004)

Los componentes funcionales resultan entonces: la *capacidad de compartir la emoción o el sentimiento*,[13] la *conciencia de la separación* y la *flexibilidad mental* para lograr colocarse en el lugar del otro y mantener controles regulatorios sobre las emociones.

Todo esto tiene también una base neurobiológica. El estudio de las «neuronas espejo» y su funcionamiento, en el campo de la Neurociencia, da cuenta de un proceso cerebral afín al fenómeno de la empatía.[14] En lo que respecta a la comprensión de la empatía, un tipo de estas neuronas serían las encargadas de iniciar el proceso que aquí hemos llamado identificación e internalización, a partir de un relativo «acoplamiento»

13. Aquí habré de entender por sentimiento un estado afectivo más duradero y estable que el de la emoción.
14. Cabe notar que las neuronas espejo no agotan su función en la comprensión de las emociones de los demás, también operan en la imitación de funciones motrices, estarían en la base del lenguaje e incluso en la comprensión de las intenciones de los demás.

entre sujetos. Luego, habría otro tipo de éstas que, operando en un nivel supraordinado, permitirían frenar la imitación, dando cuenta de la etapa señalada de «separación».

En este sentido, se ha destacado que la observación de caras ajenas que expresan una emoción determinaría una activación de neuronas espejo de la corteza premotora (Rizzolatti – Sinigaglia, 2006:180-1). La activación de estas neuronas se daría a partir de un fenómeno de simulación irreflexiva y automática («imitación interna» en términos de Iacoboni) de las expresiones faciales de otras personas. La función especular de estas neuronas es la que permite que, al ver las expresiones de emoción en otros, se activen los mismos circuitos cerebrales que se activarían si estuviéramos realizando dichas expresiones (Iacoboni, 2009: 120, Rizzolatti – Sinigaglia, 2006). En otras palabras, es gracias a las neuronas espejo que podemos comprender los estados mentales de otros, simulándolos en nuestro propio cerebro, con reflejos también somáticos, a partir de la activación del sistema límbico. De esta manera, éste es capaz de reflejar especularmente los aspectos más profundos de la mente de los otros a nivel unicelular (Iacoboni, 2009: 40).

Entonces, estas neuronas serían las encargadas de enviar a las zonas somatosensoriales y a la ínsula una copia de su «modelo» (*pattern*) de activación (copia eferente), parecida al que envían cuando es el observador quien vive dicha emoción (Rizzolatti – Sinigaglia, 2006: 180-1). Es decir que las neuronas espejo se encargarían de enviar señales al sistema límbico del cerebro, que es el centro encargado de las emociones. Esto último, es lo que nos permite «sentir» las emociones asociadas con las expresiones faciales que hemos captado.

La conexión señalada con el sistema límbico (en especial la amígdala) se produce a través de la ínsula. Esta zona no sólo es la región cortical en la que están representados los estados internos del cuerpo, sino que además constituye un centro de integración visceromotora cuya activación provoca la transformación de los *inputs* sensoriales en reacciones viscerales (Rizzolatti – Sinigaglia, 2006: 181). En el mismo sentido, expresa Iacoboni, que sólo después de haber podido «sentir» o vivenciar la emoción, somos capaces de reconocerla de manera explícita.

Por otra parte, se ha dicho que no se puede afirmar que sin la ínsula nuestro cerebro no podría discriminar emociones ajenas. Sin embargo, es probable que, sin su intervención, éstas se verían reducidas a una percepción meramente cognitiva y «pálida», despojada de todo «color emotivo» (Rizzolatti – Sinigaglia, 2006: 181). Este punto debe ser revisado con algún detenimiento porque se vincula con el tema de este trabajo. El carácter necesario o contingente del aspecto emocional en la empatía es crucial para la hipótesis que aquí sostengo.

Esta forma de «compartir la emoción» ajena, no importa necesariamente que reproduzcamos íntegramente el comportamiento de los demás (Rizzolatti – Sinigaglia, 2006: 181). Se explica que habría otro mecanismo neuronal que daría cuenta del llamado fenómeno de la separación antes presentado como estructurante de la empatía. Éstas serían las «superneuronas espejo», que inhibirían la respuesta mecánica ante el obrar del otro. Según Iacoboni, este tipo de neuronas podría ser conceptualizada como

una capa neuronal funcional que se encuentra «por encima de»[15] las neuronas espejo clásicas y por ello, modulan la actividad de estas últimas. Su función sería indicar a las neuronas espejo más básicas que la acción observada no debe imitarse. La tesis de Iacoboni es que las mismas deben estar localizadas en algún sector del lóbulo frontal del cerebro (Iacoboni, 2009: 197).

La comprensión de las emociones de los demás podría tener lugar, luego, sobre la base de una elaboración reflexiva de los aspectos sensoriales asociados a sus manifestaciones en el rostro y sus gestos (Rizzolatti – Sinigaglia, 2006:184). Es decir, que luego de la vivencia visceral y emocional, podríamos reconocer en nosotros el tipo de emoción que siente el otro y así, podríamos elaborar apreciaciones cognitivas sobre dicho estado. Es importante destacar, sin embargo, que todas estas investigaciones deben ser tomadas con cautela y provisionalidad. Pese a esta necesaria prudencia, se advierte que los estudios neurobiológicos acompañan las afirmaciones de la psicología sobre el punto.

Es interesante pensar, además, si la empatía funciona de igual modo cuando se trata de captar emociones básicas o emociones más complejas. Asimismo, cabe cuestionarse si la respuesta empática tiene que ser idéntica o basta con que sea coherente con la del sujeto observado. Es decir, ¿el agente que empatiza con otro siente exactamente lo mismo que el sujeto-objeto de empatía?

Según lo que se ha expuesto, el mecanismo que se activa a partir de las neuronas espejo nos permitiría una réplica del estado emocional del otro. Sin embargo, no podría pensarse que esta respuesta pueda darse de modo totalmente desapegado de la subjetividad del sujeto empático. Como se ha visto, la empatía tiene diversas fases. Una primera, consiste en una captación del estado emocional del otro, pero luego, con su internalización, aparece una fase cognitiva que busca entonces «decodificar» dicho estado a la luz de las experiencias recopiladas por el propio agente, aun cuando ello suceda en milésimas de segundo y se base en respuestas inconscientes provistas por el sistema límbico.

Esto permite aventurar que podría haber diferencias en las respuestas del sujeto empático según el nivel de complejidad de la situación analizada y las emociones involucradas (según sean básicas o complejas). No parece igual la respuesta empática y la reacción que se siguiera– al ver que alguien se encuentra en una situación de peligro y demuestra temor en una situación de riesgo objetivo que, si tuviéramos delante a una persona que relata episodios de su biografía y al detenernos en algunos pasajes, empatizamos con esa persona y asignamos «valor emotivo» a tales pensamientos y por ello mismo, nos emocionamos.

Intentaré explicarme con dos ejemplos:

Ej.1:

15. Claro que en un sentido puramente figurado.

> Juan está en la fila para tirarse de un trampolín junto a sus compañeros del curso de natación. Mientras aguarda su turno, advierte que quienes le preceden gritan, manifiestan temor. Los hay que se animan y saltan y también quienes se amedrentan por la altura y no pueden saltar. Él no ha llegado al borde del trampolín, no tiene la vivencia personal del vértigo, pero sí del temor. Este temor colectivo, se le «hace carne» y llega a su turno muy asustado, sube la escalera y se asoma hacia la zona de salto. No sabemos si Juan es valiente o no, cada lector puede concluir esta historia.
>
> Ej. 2:
>
> María visita a Laura, quien acaba de perder un embarazo avanzado. María escucha a su amiga y trata de comprender su dolor. La angustia es tan profunda, que le invade también a María, pero ella no ha estado embarazada y, de hecho, ha decidido junto con su pareja que no quiere tener hijos. Pero como hacen las amigas, María escucha, acompaña y llora junto con Laura.

Parece dable afirmar que, en el caso de Juan, el «contagio emocional» es mucho más sencillo, rápido y «visceral». Quizás esto guarde alguna relación con el carácter «básico» de la emoción involucrada. Se ha puesto a un niño en el ejemplo para dar cuenta del carácter básico de la emoción (más somático y menos racional), pero lo mismo daría si fuera un adulto en una situación más extrema, lo que le daría a la emoción el carácter señalado. Quizás el funcionamiento de ciertas emociones básicas tiene una finalidad vinculada a la supervivencia y por ello la reacción visceral es más fuerte que la cognitiva como ya se expuso.

A su vez, el segundo ejemplo muestra el funcionamiento de la empatía a través de una «emoción compleja» según la acepción antes presentada. En primer lugar, no es necesaria una respuesta urgente (como sería huir o no saltar, en el ejemplo anterior) sino que los componentes cognitivos de la respuesta emocional podrán ir integrándose a lo largo de la conversación. María irá componiendo en su imaginación como puede ser el dolor de su amiga y puede sentir pena «con» ella, esa pena puede crecer a medida que sopesa distintos elementos del caso (podría ser que supiera lo difícil que había sido gestar esa criatura). Luego, podría lograr la separación de su dolor, ratificando su decisión de no ser madre y sintiendo en ese momento, un secreto alivio que no alteraría la pena «por» Laura.

En este sentido, es interesante pensar que la respuesta empática puede no ser idéntica a la emoción que en dicho proceso se capta. Podría darse que la respuesta, como vimos en el caso de María y Laura, difiriera. Brunsteins (2018: 3,6) sostiene que la respuesta empática no es necesariamente idéntica, sino que también puede ser congruente. Expone así que la respuesta empática dependerá de procesos evaluativos implícitos que están influidos por las características de las emociones involucradas, la relación entre los sujetos, la subjetividad propia de quien empatiza (género, edad, experiencias vitales) y

la información contextual.[16] En este último aspecto, ingresarían claramente, cuestiones como las del ejemplo de Laura.

Esta tesitura resulta plausible. En verdad, todavía cabría problematizar si existe vinculación entre el tipo de emoción y la respuesta. Es decir, si podemos afirmar que, en casos de emociones básicas, es más probable la identidad y que a mayor complejidad del caso y de las emociones involucradas, mayor tendencia a la no identificación y a la coherencia. Esta especulación no es de fácil verificación, pero al menos resulta de interés dejarla planteada en esta instancia de trabajo.

Ahora, volviendo sobre el primer ejemplo, se impone realizar una nueva distinción. Si tamizáramos el caso a través de las fases de la empatía, veríamos que se hallan presentes las etapas de identificación, internalización y reverberación (a, b y c) pero no la de separación (d). Esto permite introducir la distinción entre la noción de *contagio emocional (*Brunsteins, 2018: 4*)* y la de *empatía.* La empatía, importa la separación como forma de autonomía. En este caso Juan, al separarse del estado emocional de sus compañeros, habría podido ver que éstos eran más débiles y que él, con su coraje, podía hacer frente al desafío. Por lo cual, nuestro pequeño ejemplar, saltaría.

Hasta aquí se han dado ejemplos de percepción directa. Ello no importa afirmar que la imaginación no tenga algún tipo de incidencia. Muchas veces, ante un estímulo externo, como un relato, la imaginación puede desempeñar un rol importante en la configuración del cuadro con el que se empatiza. Así, por ejemplo, en el caso de María y Laura. En los casos en que los estímulos externos percibidos sean más fuertes, probablemente la imaginación juegue un papel menos importante, aunque no por ello despreciable. También puede pensarse en el supuesto de empatía que se inicia por un imperativo moral. Así por solidaridad, podríamos tratar de imaginar cómo viven los pobres en Somalia para integrar nuestra comprensión del mundo y actuar en consecuencia. Este aspecto de la imaginación es la que se conecta entonces con el pensamiento ético y también con el implicado en la función jurisdiccional.

La habilidad empática es así una habilidad que, no obstante sus bases neurales, debe ser estimulada y desarrollada, pues esto se impone como exigencia moral.[17] Esto no convierte a la empatía en pura cognición, sino que provoca el inicio del proceso empático, a través de la imaginación como una suerte de *input* sustitutivo de aquello

16. Se ha estudiado cómo las respuestas cerebrales de tipo empático son moduladas por el vínculo afectivo entre individuos. En especial, se pudo verificar que las respuestas vinculadas a la empatía se veían reducidas (mayormente en hombres) cuando observaban a una persona, que había obrado injustamente con anterioridad, sufrir algún tipo de dolor. Singer – Seymour – O'Doherty – Stephan – Dolan. – Frith, 2006: 466-469. También informa similares resultados de investigación Decety, 2011:35-45 (39).

17. Esta habilidad, en principio, es innata, sin perjuicio de los diversos grados de desarrollo que pueden derivar de la conformación de la personalidad, ya sea por factores genéticos, de género o de educación emocional. En Colby, 2012: 1944, puede verse la remisión a varios estudios que dan cuenta de la variabilidad de la capacidad empática. A modo de ejemplo, refiero: Davis, 1996: 46-61, Strayer – Eisenberg, 1990; entre muchos otros.

que no se recibe como estímulo externo o que no se percibe de manera más o menos espontánea. Es decir, si en un caso no surge de manera automática esta identificación y comprensión con los sentimientos ajenos, la misma puede ser exigible por imperativos éticos o morales. Sobre esto volveremos al abordar las virtudes judiciales, pero también al ver la función de la empatía en el ejercicio jurisdiccional. Este punto de enlace entre imaginación y empatía, también se vincula con la posibilidad de estimular y desarrollar estas habilidades a partir de algunas formas de educación emocional (Bal –Veltkamp, 2013; Rabinowitch – Cross – Burnard, 2012: 484-498).[18]

De la presentación efectuada hasta aquí pareciera seguirse que tenemos una habilidad empática que no registra ningún tipo de mengua y que podríamos, entonces, empatizar con cualquier sujeto que exprese frente a nosotros alguna emoción o sentimiento. Sin embargo, esto no es así. Un primer problema se vincula con el de los sesgos cognitivos o «puntos ciegos» de la empatía. Un segundo problema, se vincula con la eventual diferencia en la capacidad empática entre sujetos. Este segundo punto impone una mirada empírica y comparativa que excede, sin embargo, el alcance del presente. Baste por ahora con su mención y su consideración a la hora de analizar el funcionamiento de la empatía en concreto.

En cuanto al primero, varios estudios empíricos de Psicología muestran que, por defecto, tenemos una tendencia a razonar respecto de los demás a partir de nuestra propia perspectiva. Lo que equivale a decir que hay un sesgo egocéntrico que determina la dificultad de salirse de la propia mirada para poder determinar qué sienten o piensan los otros (Decety– Jackson, 2004: 84). Entonces, las predicciones acerca de cómo otras personas se sentirían, se basan en cómo el propio agente se comportaría ante dicha situación (Van Boven & Loewenstein, 2003, Decety– Jackson, 2004). Y de igual modo, muchos desacuerdos sociales se originan en la incapacidad de las personas de comprender hasta qué punto su entendimiento de una situación determinada puede diferir de la de otros (Griffin – Dunning – Ross, 1990: 1128-1139, Decety– Jackson, 2004). Esto como se argumentará luego, tiene claras repercusiones sobre la imparcialidad judicial y el modo de decidir de los jueces. Por ello, se debe tener en cuenta este predisponente subjetivo del agente que decide y se podría estudiar la forma de equilibrar dichos sesgos a partir del imperativo derivado de las virtudes judiciales. Con tales ajustes, es mucho lo que la empatía puede aportar para el mejoramiento del juicio jurisdiccional.

Lo mismo vale para las experiencias. Para poder sentir como el otro lo hace o lo que le pasa al otro, debo tener algún tipo de herramienta no sólo cognitiva sino también experiencial. Si no tengo dichos elementos, el puro ejercicio de imaginación no tocará las fibras emocionales o las tocará de un modo enteramente determinado por dichos sesgos. Este punto es de relevancia para el análisis del ejercicio jurisdiccional. Si

18. Además, aquí se podría focalizar la educación emocional y el desarrollo de una actitud empática. En este sentido, Chismar, 1988: 257-266 (263); también Nussbaum, 1997.

los jueces pertenecen a un sector social determinado y no han tenido ningún contacto con realidades ajenas ni han recibido estímulos (como podría ser a través del cine o la literatura) para imaginar otras realidades y sensibilizarse con ellas, su función al servicio de la magistratura será muy pobre.

Desde otro punto de vista, sin embargo, algunos autores sostienen que la empatía podría servir para suplir esa falta de experiencia en los jueces. Veamos. Miller argumenta que la empatía es esencial para superar las limitaciones de la experiencia. Esto se lograría a partir de un esfuerzo consciente para colocarse en el lugar del otro y para valorar por ejemplo las pretensiones de las partes en juicio (Miller, 2010:999-1013 (1009)).

Este argumento requiere ser desbrozado. En verdad, el concepto que maneja el autor es más limitado que el que aquí se ha dado. Explícitamente Miller ciñe la empatía a la capacidad cognitiva o al entrenamiento para imaginarse en la posición de otra persona. Desde este enfoque, parece lógico afirmar que si un juez tiene ante sí realidades que le resultan muy distantes –porque su extracción social o sus antecedentes vitales lo alejan de los justiciables– y realiza el ejercicio de colocarse en su lugar, podría al menos, superar la falta de experiencia y derribar algún sesgo cognitivo.

Sin embargo, en la comprensión que hemos venido presentando, la empatía tiene una base neural más compleja. Es decir, nuestra definición es de por sí, más sofisticada. Asume entonces, que habrá elementos experienciales que tendrán una función inconsciente (a nivel del sistema límbico) y otros que tendrán lugar en el nivel más consciente o también llamado cognitivo. Para poder desarrollar categorías que aprehendan las vivencias emocionales ajenas, parece imprescindible tener algún tipo de experiencia vital asociada a respuestas emocionales. De todas formas, con la precisión conceptual de Miller, también parece válida su afirmación por la cual, imaginando la posición ajena podemos suplir una falta de experiencias concretas. El recorte en este caso, reduce la empatía a una operación meramente intelectiva.

Prosiguiendo con la delimitación del término empatía, se impone efectuar una distinción entre la *empatía* y la *simpatía.* A la señalada vaguedad del primero de los términos se debe sumar el hecho de que algunos autores parecen haberse referido a ella, pero bajo la denominación de *simpatía*. De hecho, autores como Hume y Smith, hablaban de la simpatía con perfiles que aquí se han asignado a la empatía. Buscando alguna referencia en la etimología, se puede decir que la palabra simpatía deriva del griego *sympatheia* o del latín *sympathia* que literalmente significan s*yn* (con) y *pathos* (experiencia, afección o sufrimiento) (Wispé, 1986: 314). Entonces, una primera línea de separación podría establecerse diciendo que mientras la *empatía* es un modo de *conocer* (quizás sintiendo) la *simpatía* es un modo de vincularse (Wispé, 1986: 314 y 318).

De este modo, se puede decir que mientras la simpatía es una emoción (aunque de tipo compleja, en las categorías presentadas), la empatía es algo más que eso. Es, como se ha presentado, una habilidad que tiene tanto un componente emocional, cuanto uno cognitivo. Y en relación con el aspecto emocional, se puede decir que obra como

una suerte de «meta-emoción», que se conecta con la emoción de otro sujeto de la que luego, se desprende en un proceso de separación intelectual.[19]

Así, la simpatía suele despertar sentimientos de identificación que arrojan bienestar y alegría por el bien del otro, así como dolor y pena por el dolor del prójimo. Pero en ningún caso, pretende el agente separarse de dichos sentimientos, al contrario, la simpatía podría moverlo a la acción intentando remediar un dolor si esto fuera posible o extrovertir la alegría por el bienestar del otro. Pareciera que hay una toma de posición preliminar que conduce a la identificación con el sujeto-objeto de simpatía. Es decir, se suele derivar de cierto sentido de familiaridad, pertenencia o comunidad de intereses, lealtades u origen. En este sentido, podría ser una forma de «egoísmo de grupo» (Chismar, 1988: 257-266) más distante del altruismo que la propia empatía.

Esta última, tal como aquí se la ha definido, tiene una fase de separación de las emociones que se reconocen y se comparten con el sujeto-objeto de la empatía. Es decir, en esta última se registra una actividad cognitiva compleja, que asume una internalización del estado emocional y afectivo de otro, pero que luego los trasciende, pues se impone una separación. Estas dos actitudes varían de una persona a otra como es lógico pensar. Y el ser empático no asegura un nivel determinado de simpatía, ni el ser simpático implica el ser empático (Colby, 2012: 1944).

En este sentido, pensando un poco en la figura del juez, es importante asumir que hay un cierto riesgo o proclividad en quien empatiza de modo inconsciente con una de las partes, porque esto podría derivar en una simpatía *parcial*. Parece plausible pensar que personas con tendencia a la simpatía por una de las partes, sin un contrapeso empático por la otra parte, podrían ser parciales y apartarse del modelo de juez que se desea. Entonces, para que la empatía cumpla su rol epistémico adecuadamente debería ser ensayada de manera consciente y con relación a ambas partes dentro del proceso, procurando a la vez minimizar los riesgos derivados del sesgo egocéntrico ya presentado. En este mismo sentido, Colby abona la idea de que sin un acabado manejo de la empatía no se puede desarrollar adecuadamente la actividad jurisdiccional, punto sobre el que volveremos en el siguiente apartado.

19. En el texto, como se ha podido ver, sostengo una definición compleja de la empatía. Algunos autores, sin embargo, establecen una noción puramente afectiva o cognitiva de la empatía. En este último grupo se ubica Bandes, quien dice que el uso corriente de empatía implica la habilidad de tomar la perspectiva de otro, en un ejercicio de imaginación que se dirige hacia la mente de otra persona. Es por esto mismo, una capacidad y no una emoción *in se.* Por ello también debe ser diferenciada de la simpatía o de la compasión que, en cambio, sí son emociones. Bandes, 2009:133 (136). En el mismo sentido, Deigh (2011) señala que en la literatura existen definiciones de la empatía como estado afectivo o como estado cognitivo.

IV. ¿JUECES SENSIBLES?

A contramarcha de las miradas puramente exegéticas sobre el fenómeno de aplicación del Derecho, aquí se propone que las habilidades cognitivas involucradas en la decisión judicial no se agotan en las propias de la inteligencia analítica, sino que requieren también de habilidades ligadas a la empatía y a las emociones.[20] Interesa cuestionarse en este apartado, qué rol desempeña la empatía en las decisiones judiciales y cómo ésta puede incidir sobre el campo emocional del juzgador.

Las emociones que aquí nos interesan no son las que experimente el juez por motivos puramente personales, sino las que se derivan del ejercicio más o menos empático de la jurisdicción. En especial, se centrará la mirada en la empatía y su contribución a la imparcialidad mostrando, en contrapartida, la tensión entre esta última y la simpatía. Mostraré luego algunas particularidades del Litigio de Interés Público. Argumentaré que en estos casos, en que se persigue alguna forma de «cambio social» a través del litigio, es importante lograr una adecuada comprensión del conflicto y que ello podría colocar a los jueces en un estado de mayor «tensión emocional».

Ingresar en la discusión acerca de la relevancia de la empatía en la actividad jurisdiccional, importa la consideración de cuál sea el tipo de actividad intelectual que se desarrolla al juzgar. De hecho, importa una toma de posición teórica al respecto. Desde una precisición acerca de qué es el Derecho, hasta una definición concreta de cómo funciona y cómo se aplican sus normas.

Si definimos el Derecho desde una mirada positivista en sentido estricto, pareciera que debemos asumir que el Derecho funciona como un conjunto de reglas que deben ser aplicadas directamente a partir de una operación «aparentemente» neutral como lo es la subsunción jurídica. Sin embargo, aun en este acotado espacio, parece haber un margen para el estudio del impacto de las emociones en la decisión judicial. De hecho, la elección de las normas aplicables, así como la valoración de las consecuencias que se sigan de la aplicación de una u otra norma (cuando la opción es posible), podría estar igualmente influenciada por estados emocionales o más directamente, por emociones concretas y también por la empatía (Minow, 1988: 37-76).

Yendo más allá, si sostenemos una visión más amplia del fenómeno jurídico, entonces asumiremos que el mismo no se agota en enunciados con forma de reglas, sino que también existen en el ordenamiento jurídico enunciados abiertos, con forma de principios, que requieren de una aplicador riguroso, con dotes argumentativas y con una fina sensibilidad para poder aplicar los valores del sistema a las circunstancias del caso (Atienza – Ruiz Manero, 2004; Atienza, 2004 y 2006).

20. En un sentido afín se ubica el pensamiento de González Lagier (2020) quien afirma que aunque las emociones no tienen una relación normativa con las decisiones correctas, sí pueden tener una relación causal (como condición contribuyente) con ellas. Siendo entonces aquéllas herramientas útiles para encontrar las decisiones adecuadas.

Desde este punto de vista, se abre un campo sumamente relevante para el estudio de las emociones en la determinación de los principios aplicables, así como la adecuada ponderación entre éstos. La aplicación de enunciados con formas de principios impone a los aplicadores captar las sutilezas de la realidad para aprehenderlas correctamente dentro de las normas que deben regir el caso. Esta postura no implica desdeñar la importancia del rigor técnico involucrado en la aplicación del Derecho, sino que, al contrario, le añade un nivel de sofisticación.[21]

Entonces, se trata de determinar en qué medida dichas operaciones prevalentemente intelectuales, pueden tener algún matiz subjetivo más fuerte, como el que se vincula con la empatía y las emociones. O, dicho de otro modo, en qué medida puede la empatía mejorar las decisiones judiciales y cómo a partir de ella, sería necesario introducir además un manejo adecuado de las emociones al momento de decidir un caso. Y esto no sólo en términos de determinación de las normas aplicables y su recto sentido, sino también, la apreciación adecuada de la prueba agregada a la causa.

En este sentido, Bandes sugiere que la empatía sólo asiste a los jueces en la comprensión de la perspectiva de los litigantes, pero no resuelve el problema jurídico de cuál de los litigantes habrá de tener razón (Bandes, 2009:133 (137)). Sin embargo, este aporte no puede ser subestimado. En palabras de Deigh para lograr una interpretación correcta se debe ser sensible a las perspectivas de los diversos sujetos afectados por la norma (Deigh, 2011: 79). Esto último resulta fundamental toda vez que compensa los eventuales defectos de una mirada sesgada.

Se podría sostener que en aquellos supuestos en que las normas a aplicar consisten en principios jurídicos, la necesidad de ponderar se podría ver beneficiada de un adecuado ejercicio empático. Ello así, toda vez que la determinación del adecuado equilibrio de los intereses en tensión que debe estipularse para el caso concreto será más adecuada si se asegura la justa comprensión y valoración de los planteos de las partes involucradas, en toda su complejidad. Asignar valor o «peso» a los principios, no puede partir exclusivamente de la propia subjetividad del aplicador. Si así fuera, podría quedar preso de los sesgos cognitivos ya señalados y por ello, su mirada sobre el caso podría ser –en un sentido débil– parcial.[22]

Entonces, mensurar la lesión de un bien jurídico y, por tanto, la postergación de un principio jurídico para dar prevalencia a otro, no parece ser una tarea exclusivamente cognitiva. En cambio, parece requerir de una actividad empática que habilite un mejor

21. Una discusión respecto de la importancia de la empatía en la actividad de los jueces tuvo lugar en Estados Unidos, a partir de argumentos dados por el Presidente Obama para el reemplazo del magistrado Souter y la ulterior postulación de Sonia Sotomayor para dicho cargo. Un registro de este debate se puede ver en Colby, 2012 y también en: Miller, 2010: 999-1013.
22. Como vengo señalando en el texto, la introducción de esta dimensión sensible en los jueces busca añadir a su actividad una sofisticación que perfeccione su función. Desde este enfoque, el estándar de exigencia de las decisiones es, deliberadamente, más exigente. Es por ello que la parcialidad de la que hablo en el texto no lo sería, en el sentido corriente del término, sino en un sentido «débil» pero que desde la mirada propuesta resulta aún objetable.

conocimiento de los intereses de las partes enfrentadas. Por ello, aunque en el «contexto de justificación» ilustremos la ponderación con fórmulas más o menos abstractas y racionales, la realidad es que al momento de la toma de la decisión («contexto de descubrimiento») las cuestiones se sopesan de un modo más sensible y menos aritmético.

En este sentido, cabe destacar que la pretendida neutralidad de los operadores jurídicos no es tal. En verdad, cuando se habla de un aplicador del Derecho que se ve apegado al texto de la ley, existe en dicha tarea un sesgo cognitivo, inescindible del sujeto, que aparece determinado por su pertenencia social, historia de vida y cultura. Entonces, es aquí donde la pretendida imparcialidad, puede no ser tal. En general, la teoría positivista ha admitido este «defecto marginal» como uno de los límites del Derecho.

Sin embargo, una adecuada consideración de los planteos de ambas partes conduce a tomarse bien en serio las pruebas aportadas por cada una de ellas y también, a poder comprender mejor el conflicto que yace tras los documentos y tras las narraciones de las partes. No se trata de caer en la prédica de un subjetivismo arbitrario o simpático. Se pretende defender un mayor compromiso con los elementos humanos que se deciden. La determinación de la razonabilidad, que reside en el corazón del principio de proporcionalidad, tiene un alto componente racionalizable, pero también es cierto que hay dimensiones que sólo se pueden captar si se logra un entendimiento profundo de los principios enfrentados. Aquí es donde la mayor sensibilidad de los jueces puede aportar la agudeza necesaria.

Colby analiza el funcionamiento de la empatía en la consideración de casos de aplicación de la Cuarta Enmienda de la Constitución Norteamericana. La misma protege la privacidad frente a invasiones arbitrarias de la autoridad. Siguiendo a Minow, sugiere que para la resolución de un caso vinculado a esta Enmienda es necesario determinar cuán intrusiva fue la invasión de la autoridad, qué tan importante era el interés perseguido por el gobierno y si éste adoptó medidas razonables para lograr su propósito.

Para ello, se sugiere que resulta fundamental la consideración adecuada y empática de los intereses de las partes involucradas (Colby, 2012:1968). Para estos casos, los autores señalan que la empatía permite ponerse en el lugar de cada una de las partes y delimitar los alcances de su proceder entendiendo, empáticamente, el fundamento de su obrar. También se señalan otros casos, como los supuestos de violencia de género o la determinación del interés superior del niño (Colby, 2012:1980). Es lo cierto que como el Derecho se refiere a conductas humanas, es casi imposible comprenderlas cabalmente si no se trabaja, de modo consciente, con la empatía.

Sucede, sin embargo, que muchas veces la empatía está operando, pero lo hace de modo inconsciente y, por ello mismo, queda cubierta por la cercanía emocional del juez con alguna de las partes (sesgo egocéntrico). Todo esto, que puede estar ocurriendo en las decisiones judiciales, suele quedar velado a partir del razonamiento formal del Derecho. Como se ha dicho, no se trata de dejar de lado el adecuado tratamiento legal de las cuestiones, sino que, en cambio, se impone iluminar una parte de dicha

labor intelectual para poder también controlarla, interna y externamente. Como ya se ha expuesto, estudios de Psicología han documentado –a partir de investigaciones empíricas– que nuestro modo de comprender a los demás, por defecto, es a partir de la perspectiva personal. Trasladando estas observaciones hacia el campo de la decisión judicial, nos encontramos con la necesidad de atender al impacto que dicho sesgo egocéntrico puede tener sobre las decisiones judiciales para poder compensarlo.

Hay que insistir en la idea de que muchas veces la empatía funciona de modo inconsciente y, por lo tanto, siquiera el propio agente tiene clara consciencia de cómo la misma puede determinar los resultados de su decisión. En estos supuestos, si no se logra complementarla con la mirada equivalente hacia la otra parte, podría derivar en lo que aquí se ha denominado simpatía. Cuando se sostiene que no es necesario que los jueces empaticen o que tengan algún tipo de sensibilidad para decidir, se está obviando la circunstancia de que los jueces, de hecho, «sienten» sólo que no lo explicitan o siquiera tienen claridad al respecto. Y si esto se entrecruza con el estudiado sesgo cognitivo, nos encontraremos con decisiones que replicarán identificaciones sociales o posiciones de privilegio, simplemente porque las clases o grupos de pertenencia de los jueces y los de una de las partes se identifiquen (Colby, 2012:1992). Es decir, nos encontramos con decisiones parciales (i.e. simpáticas) con alguna de las partes, por haber invisibilizado el funcionamiento empático limitado a una de las partes en conflicto.

Entre las conclusiones que surgen de estudios empíricos relacionados a jueces, se ha visto que jueces mujeres u hombres no registran mayores diferencias en el contenido de sus decisiones. Salvo cuando las mismas se vinculan con temas de discriminación por motivos de género (Boyd-Epstein & Martin, 2010: 389-411, Colby, 2012). Asimismo, se ha estudiado la vinculación entre los jueces con hijas mujeres y sus decisiones a favor de cuestiones vinculadas al género. Concluyendo que estos jueces presentan mayor empatía hacia estas causas (Glynn – Sen, 2015: 37-54).

A partir de la comprensión del funcionamiento de la empatía, se puede sostener que la misma habilita una mejor comprensión de los planteos de las partes y de los términos del conflicto. Pero lejos de operar de manera automática, es plausible pensar que la voluntad debe intervenir para su adecuado funcionamiento. Como ya se ha anticipado, es importante distinguir, además, la *empatía* de la *simpatía*. De esta manera, la primera no debería afectar sin más a la imparcialidad y ello por dos razones. En primer lugar, porque va implícita en su definición la noción de separación de los intereses del sujeto observado. Luego, porque para optimizar el funcionamiento epistémico de la empatía, se vuelve necesario intentarla de manera consciente y con relación a ambas partes en conflicto.

En cambio, conforme la noción aquí dada de simpatía,[23] esta última importaría una toma de posición parcial respecto de una de las partes sintiendo pena por otro y un

23. En el mismo sentido, de la distinción sostenida en el texto se ha dicho que la empatía denota un observador comparte emociones (siente «con» la otra persona), mientras que la simpatía –al igual que

deseo directo de ayudarlo. De esta manera la simpatía tensiona con la imparcialidad. La empatía, en cambio, se traduce en lograr captar la comprensión que tiene ese otro sujeto a partir de poder sentir lo que esa persona siente y piensa, pero separándose de él (Colby, 2012:1959).

Veamos qué sucede en el Litigio de Interés Público. Esta forma de litigio surge como una manera de dar «voz» a aquellos sectores desaventajados, generalmente subrepresentados dentro de la dinámica del ordenamiento jurídico y sus prácticas. En este sentido, en contextos de grave exclusión, como los países latinoamericanos, esta forma de litigio se ha convertido en una práctica constitucional creciente. Se ha encontrado en él una manera de dar vigencia real a los derechos reconocidos en las Constituciones y Convenciones de Derechos Humanos.

Estos conflictos suelen tener en la base problemas de tipo estructural. Por ello, sus rasgos colectivos imponen la integración dentro del proceso de todos los sectores afectados. Así, por ejemplo, en casos como el de la contaminación de la Cuenca Matanza-Riachuelo en Argentina,[24] el análisis no puede agotarse en resolver si los planteos de los actores (que invocan su derecho a gozar de un medioambiente sano) tienen o no razón. El proceso, aún en trámite ante la justicia argentina, persigue por un lado determinar si hay lesión al bien público (medioambiente) pero también, una modificación del estado de cosas, para prevenir una mayor contaminación. Adicionalmente, se persigue reparar –en la medida de lo posible– el daño irrogado. Por último, también se busca dar una respuesta a los pobladores, que habitan en los denominados «asentamientos o villas de emergencia» ubicados a la vera de la cuenca que figura entre los lugares más contaminados del mundo.

Resolver un conflicto de esta complejidad impone construir un proceso judicial que permita un conocimiento acorde a dicha dificultad. De hecho, importa pensar cómo se pueden articular en el seno del mismo discusiones que tengan en consideración todos los intereses involucrados. Este tipo de conflictos presenta una «trama policéntrica» (Ucín, 2018) y por ello, exige que se tomen en cuenta los intereses en tensión. Este término, que tomo de Polanyi (2009 en Fuller, 1978: 353-409 (393-405)), da cuenta, además, de la dificultad de resolver estos conflictos en el marco de la jurisdicción. Pues justamente, cuando se da una respuesta a un punto del conflicto, otros puntos comienzan a «tensionar» como cuando se pretende remendar la trama de un tejido roto. Tirar de unos hilos para la unión, seguramente provoque tensiones en otros sectores del lienzo.

---

la compasión– denota que las emociones del observador se orientan hacia el otro (sentir «por» otra persona). Algo de la internalización del sentimiento del sujeto observado por parte de quien empatiza, también se aloja en la etimología de la palabra con que se tradujo el término alemán *Einfühlung,* pues *empatheia* se compone de *em* (en) y *pathos* (sentimiento). Singer – Lamm, 2009: 81-96 (82 y 84).

24. Este caso fue llevado ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, bajo la carátula: *«Mendoza, Beatriz Silvia y ot. c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza– Riachuelo»* (Expte. M. 1569.XL).

Entonces, no es posible resolver una porción del conflicto, sin que ello impacte también sobre otro sector involucrado que, por ello mismo, merece ser oído y participar del proceso. Como respuesta a ello, se impone integrar adecuadamente la litis (en el sentido procesal del término), trayendo al proceso a todos los afectados. Asimismo, se debe lograr una comprensión empática de los intereses de todos estos sectores, lo que añadiría un valor epistémico al proceso, redundando en la mejor calidad de la decisión.

Sobre el primer punto, diré, sintéticamente que en el caso que vengo analizando, el conflicto enfrenta de un lado a los actores (un grupo de vecinos patrocinados por algunas organizaciones no gubernamentales –ONG'S– y luego, por incorporación posterior el Defensor del Pueblo y el Defensor de Menores) y de otro al Estado (constituido por tres niveles gubernamentales: Ciudad, Provincia y Nación) y a empresas ubicadas en el área, mayormente vinculadas a la industria química y a la curtiembre del cuero. Como se ve, la estructura de este conflicto no es la clásica bipolar (la que enfrenta a «Ticio y a Cayo»). Tampoco es claro que los intereses de los demandados (el Estado y las empresas) puedan ser identificables.

A su vez, los actores que inician el proceso no representan a la totalidad de la población del área contaminada. En este sentido, cuando se ordenó la «relocalización» de los habitantes de la zona, la medida se extendía más allá de los actores. Esto determinó que algunos pobladores del área –no obstante lo que se pueda pensar– no querían dejar la zona, ni «sus casas». Evidentemente, sus intereses habían sido desconocidos (ACIJ, 2013). El problema, en casos como este, es que la jurisdicción puede incurrir en soluciones paternalistas. Especialmente si se omite la consideración directa de los intereses de los afectados. Se impone conocer sus intereses oyéndolos de «primera mano» y, además, comprenderlos con cierta sensibilidad empática.

Esta presentación, aunque muy esquemática y simplificada del conflicto, permite dar cuenta de la complejidad de la litis y del señalado carácter «policéntrico» del conflicto. En otro lugar (Ucín, 2019),[25] argumenté respecto de la importancia de la creación de foros de mayor participación en el marco de este tipo de procesos, como forma de conocer los intereses reales de los afectados. Las audiencias públicas, celebradas con carácter informativo en el marco del proceso judicial, permiten introducir esas voces que no necesariamente participan del proceso como «partes procesales» *stricto sensu,* pero cuyos argumentos deben ser tenidos en cuenta. Aquí, cumplen un rol fundamental los *amicus curiae,* pues dan voz a sectores que podrían ser olvidados de otra manera.

Asimismo, la consideración de los intereses de los «vecinos afectados por el plan de relocalización» es un ejemplo de la incorporación en audiencias de grupos implicados en el conflicto pero que no han intervenido en el proceso como «parte». Se puede añadir

25. En el mismo sentido, Bandes argumenta que la forma de incorporar puntos de vista diferentes a los propios, superando el sesgo cognitivo egocéntrico se puede alcanzar a través del debate con otros que sostengan puntos de vista diferentes (Bandes, 2009:146). Ligando esto con las particularidades del Litigio de Interés Público, se puede ver la importancia de generar estos foros de deliberación.

que el elemento empático, puede aportar a dichas audiencias la sofisticación necesaria para resolver y juzgar estos casos. Volviendo sobre lo que se ha dicho, cabe pensar que si la misma fuera practicada cabalmente, y mirando hacia todas las partes en conflicto, cumple una función correctiva de los sesgos propios de los jueces. Los que, a su vez, por pertenencia social, pueden tener cierta «miopía» a la hora de entender los intereses de los afectados.

En el caso de la «Cuenca Matanza-Riachuelo», se resolvió la relocalización de los habitantes, asumiendo que éste era su mejor interés. Sólo después de esta orden judicial, y debido a la intervención de otra ONG que representó a un grupo de vecinos afectados a través de una acción de amparo, se tomaron medidas para considerar sus intereses y readecuar el plan originario. A su vez, de nada serviría que se incorporen los argumentos de este sector, si los mismos no pudieran ser interpretados a la luz de una lectura empática –que no es necesariamente simpática– y que, por tanto, escuchar y considerar estos intereses no significa, necesariamente, acceder a dichos planteos.

Es dable entender que para quien ha normalizado vivir en ese lugar (aunque éste sea uno de los lugares más contaminados del mundo), ha construido allí su casa y se cree propietario de su tierra, dejar su hábitat puede ser intolerable. Sin embargo, la responsabilidad estatal puede exigir que se le aseguren condiciones de vida sanas, en un lugar distinto y no contaminado. Este caso muestra un supuesto en el cual, los jueces podrían hallar mayores dificultades para poder «comprender» en el sentido cognitivo y también emocional del término, los argumentos de las partes.

Sin embargo, reitero, el ejercicio empático debiera hacerse con cada uno de los sectores que se encuentran involucrados por este litigio. No debe perderse de vista, además, que es muy probable que la empatía opere de manera, más o menos automática, con aquellos sectores con los que se pueda hallar cierta identificación social, cultural o hasta funcional. De esta manera, las decisiones en estos casos pueden incurrir en cierto paternalismo como ya se señaló, pero también podrían ser indulgentes con algún sector que sienten más cercano, como las autoridades. Aquí anida quizás la explicación de por qué, muchas veces, en estos casos sea tan difícil condenar personalmente a funcionarios públicos por el incumplimiento de sus deberes.

V. EMOCIONES Y VIRTUDES: EL MODELO DEL JUEZ SENSIBLE

A propósito de cuanto se viene diciendo, cabe cuestionarse si en el ejercicio jurisdiccional anida algún elemento emocional o sensible y si el mismo puede ser articulado con las virtudes judiciales como parámetros ordenadores de la conducta. Hasta aquí ha estado implícita la definición de cómo debería ser un «buen juez». Por la toma de posición teórica, sin embargo, ha quedado claro que nos apartamos de un juez autómata, de un puro legalista y que le asignamos cierto compromiso con la justicia de sus decisiones. Probablemente las virtudes judiciales no aseguren totalmente la calidad de

las decisiones judiciales, sin embargo, podemos sostener que algunas de estas virtudes pueden contribuir a la calidad de aquéllas y su justicia.[26]

Por su parte, el concepto de «buen juez», tal como lo afirma Atienza, no puede agotarse en su definición normativa, ni alcanza para ello con que el mismo no incurra en inconductas determinadas por la ley. Sino que requiere que se hayan desarrollado en el ejercicio profesional ciertos rasgos de carácter que constituyen las virtudes judiciales (Atienza, 2001-b: 17-18). En este mismo sentido, se ha dicho que las virtudes pueden ser vistas como «una cualidad humana adquirida, cuya posesión y ejercicio tiende a hacernos capaces de lograr aquellos bienes que son internos a las prácticas y cuya carencia nos impide efectivamente el lograr cualquiera de tales bienes.» (MacIntyre, 1987: 237, en Atienza, 2001-a: 138).

Entre las virtudes judiciales, complementarias del buen manejo técnico del Derecho, Atienza señala que la *independencia*, la *imparcialidad* y la *motivación* serían las virtudes básicas (Atienza, 2001-a: 140). Según este autor, la primera de ellas exige autorrestricción y modestia. La imparcialidad, sentido de justicia y valentía y, por último, la motivación se conecta con la virtud de la prudencia. Tomando la propuesta de Atienza, analizaré el funcionamiento de la prudencia, ya que el mismo nos permite establecer una relación directa con el ejercicio empático y sensible de la magistratura. Se vuelve entonces relevante considerar cómo aquella podría servir para lograr mejores decisiones y también un ejercicio imparcial de la magistratura. Cabe pensar, por ejemplo: ¿cómo es posible recuperar la completa dimensión del rol de *iuris-prudentes*[27] con el que se reconoció la función de los juristas en Roma?

La prudencia puede ser analizada a partir de la comprensión de la figura del jurista, más allá de sus roles específicos. Esto es lo que hace Kronman (1986: 203-234) al destacar que, además del conocimiento técnico, los abogados deben tener «inteligencia práctica», asociada a la noción de *phronesis* aristotélica. Esta facultad, se puede traducir como prudencia, pero no debiera circunscribirse a su sentido más corriente, sino que debe conectarse con la capacidad de comprender y poder determinar cuál es la decisión correcta para la solución de un caso. No es la idea del prudente que poco hace por temor a errar, sino la de aquel que tiene la agudeza para acertar en la decisión y que lo hace con justeza o razonabilidad.

Aristóteles, al definir la prudencia, como sabiduría práctica la distingue de la «ciencia». La prudencia se refiere a lo particular (pues lo práctico es de esta naturaleza) y se opone al intelecto, que se refiere a los principios o límites de los cuales no hay razonamiento. En el otro extremo del intelecto, la prudencia se refiere a lo particular,

26. Incluso yendo más allá, en próximas investigaciones, se puede indagar en la relación entre emociones, virtudes judiciales y corrección de las decisiones, a fin de determinar el grado preciso de dicha vinculación. En estos senderos se ubican los argumentos de Amaya, 2011: 135-142.

27. Los juristas o *iuris prudentes* podían desempeñarse como jueces, abogados, políticos o legisladores. Pero el rasgo común era que eran ciudadanos caracterizados por un profundo conocimiento del Derecho vigente y su peculiar intuición y talento jurídico. Cfr. Andrés Santos, 2001: 281-302 (288).

que requiere percepción sensible.[28] Esta forma «sensible» de acercarse a los problemas jurídicos es la que completa el entendimiento puramente formal, asentado exclusivamente en los textos legales. Ello así pues es esta comprensión la que integra al fenómeno jurídico su dimensión más humana.

Kronman, vincula esta facultad especial con el desarrollo de la imaginación. Pero no cualquier forma de ésta última, sino la que permite comprender en profundidad los intereses y necesidad de las partes que se presentan ante sí. Para ello, estima que el jurista (tanto el abogado o el consultor, como el juez) deben tener la capacidad de sentir simpatía por dichos puntos de vista, sin perder la inevitable separación de tal subjetividad. Las formas de imaginación entonces deben ir atadas tanto a la simpatía, cuanto a la señalada «separación». Este autor señala la importancia de lograr un equilibrio entre las formas de imparcialidad y la adecuada vinculación a través del pensamiento y el sentimiento, con los intereses, creencias y preocupaciones de las partes (Kronman, 1986: 203-234 (222)).

Esta forma de simpatía, que no se confunde totalmente con el sujeto-objeto de ella, nos remite a la definición que aquí se ha dado de empatía. Y parece plausible sostener que las formas de separación podrán ser más o menos estrictas según el rol que desempeñe en definitiva el jurista. No es igual la exigencia de separación que pesa sobre un abogado defensor que la que pesa sobre un juez, quien debe asegurar el respeto de la imparcialidad

Como se puede ver, la simpatía con separación de Kronman (*i.e.* la empatía) es señalada como esencial para lograr el «buen juicio». El que, a su vez, es una forma de ejercicio de la virtud de la prudencia. Es que la *phronesis* no se podría alcanzar si se mantiene un estricto apego a la pura letra de la ley. Porque la ley, sobre todo en los casos difíciles, impone un conocimiento profundo de la realidad humana a la que se ha de aplicar. Y parece que así debe ser entendido el «sentido de justicia». La imagen que provoca es indudablemente bella. Y, sin embargo, no puede darse aún una respuesta contundente acerca de cuánto hay efectivamente de un sentimiento o una emoción en esta virtud. No obstante, sí hay huellas que invitan a explorar con mayor detenimiento la conexión entre la empatía y las emociones conexas con la virtud de la prudencia y el sentimiento de justicia. Ello, a su vez, para no perder de vista el fiel de la imparcialidad que debe garantizar el debido proceso.

Entonces, desde este estadio preliminar de estudio del tema, se puede al menos afirmar que la empatía podría servir para agudizar la prudencia de los jueces, dándoles una mejor comprensión de la realidad sobre la que deben juzgar, pudiendo dar una adecuada dimensión a los planteos de las partes, especialmente en casos difíciles como podrían ser los conflictos de Interés Público, como aquí se argumentó. Y también, cada vez que se debieran resolver casos difíciles o, por ejemplo, recurrir a la ponderación

28. Ética a Nicómaco, 1142a 25-30. En el mismo sentido, Amaya sostiene que la sabiduría práctica tiene una importante dimensión emocional, ya que las emociones son esenciales para percibir los rasgos relevantes de un caso concreto. Amaya, 2011: 135-142 (139).

entre principios. La adecuada asignación de «peso» a los principios en tensión, por caso, impone como complemento de la tarea argumentativa, el despliegue de una sensibilidad especial que permita actuar a la *phronesis* para poder mensurar el valor de los valores involucrados en el caso concreto.[29] Por su parte, la práctica consciente de la empatía, orientada por la imparcialidad, permitiría que los jueces logren una acabada comprensión del conflicto que se les presenta, mejorando la calidad de si decisión.

A los efectos de poder elaborar un modelo de juez que responda a estas exigencias, se podría pensar en el modelo de «juez literario» de Nussbaum (1997: 127),[30] aunque quizás sea más preciso hablar de un modelo de «juez sensible». La autora habla de un espectador juicioso, que debe trascender la empatía[31] evaluando desde su punto de vista el sentido de estos sufrimientos y sus implicaciones para las vidas afectadas. Pero aclarando que de ningún modo se trata de desplazar la ley o de subordinarse a la sensiblería (Nussbaum, 1997: 159). Esta visión, que es congruente con la señalada por Kronman, sugiere la necesidad de contar con habilidades que modulan el formalismo propio de los enunciados normativos. En palabras de Nussbaum, se trataría de ser íntimo, imparcial, afectuoso sin favoritismos, representante de todos y no de un grupo o facción (1997: 162).

Por su parte, la introducción de la dimensión sensible en el juicio, a través de la empatía, permite obtener un elemento adicional de crítica de las decisiones. El mismo, en su vinculación con las virtudes de la imparcialidad y la prudencia, a su vez, permiten colaborar en la determinación de su formación integral.

VI. CONCLUSIONES

La presente investigación ha tenido un propósito exploratorio y, por tal motivo, no pretendía arribar a conclusiones definitivas. Aun en dicho plano, se puede afirmar que existe en este dominio un campo rico para el análisis a partir de poder «iluminar» la influencia que las emociones *lato sensu* ejercen sobre la decisión judicial. Se ha dejado planteado un escenario a partir del cual se puede continuar con el estudio y profundización en estos temas. Cada apartado, en alguna medida, constituye el señalamiento de parcelas que merecen un análisis detenido al que dedicaré futuros trabajos.

29. Desde una perspectiva afín a la del texto, Amaya afirma que la introducción en el análisis del enfoque aristotélico de las virtudes permite iluminar aspectos centrales de la argumentación jurídica (tales como el papel de la percepción, las emociones o el razonamiento jurídico de tipo especificatorio) que quedan velados en una mirada de la argumentación más concentrada en el producto que el agente. Amaya, 2011: 135-142 (140).
30. Según la autora, el juez modélico sostiene que los datos sociales e históricos son relevantes y piensa que debe esforzarse para comprender todos los matices de la situación de los afectados.
31. En el sentido de trascender la identificación con las partes con las que empatiza. Sin embargo, en el sentido dado aquí al término, la separación, es parte constitutiva de la empatía, por lo que no haría falta trascenderla.

Como se ha ilustrado, el estudio de estos aspectos, desde el enfoque aquí propuesto, importa una comprensión interdisciplinaria del fenómeno de la decisión judicial. Las respuestas no pueden ser, entonces, sino provisionales, por cuanto hay mucho por profundizar en la materia desde todos los campos científicos involucrados. Sin embargo, desde el acotado propósito del presente, se pueden dejar establecidas algunas líneas de fuga, que como se dijo, seguramente sean abordadas en ulteriores trabajos.

Se muestra entonces como relevante, indagar respecto de qué emociones en concreto podrían verse involucradas en el proceso de decisión. Este estudio no puede hacerse en abstracto. Seguramente requiera una conexión entre emociones y materias a decidir, pues parece plausible pensar que aquéllas podrían variar según se trate de casos de migrantes, determinación del interés superior del niño o casos de objeción de consciencia, por poner algunos ejemplos.

También parece razonable afirmar que estas cuestiones debieran ser acompañadas por algún tipo de prueba empírica. Ello a fin de verificar algunas de estas afirmaciones, es decir, si los jueces efectivamente tienen consciencia sobre la presencia de las emociones en el juicio y su incidencia sobre la imparcialidad o cómo manejan la empatía o la simpatía al decidir. Los resultados de estos estudios podrían incidir, como se ha dicho, en la formación de los jueces para el desarrollo de habilidades empáticas. Fomentando de esta manera su mayor autoconocimiento y, así también, favoreciendo su modulación emocional. Esto redundará, en la incorporación de una dimensión sensible que, lejos de minimizar el tecnicismo necesario para la labor de los juristas, le aporte una riqueza necesaria.

En este último sentido, se debe explorar con mayor detenimiento la conexión entre las emociones y las virtudes, para poder establecer un estándar normativo de exigencia de conducta. Se ha expuesto cuál es el funcionamiento de la empatía por cuanto esto puede servir para clarificar el modo en que la misma se vincula con la imparcialidad. De esta manera, se puede volver sobre la importancia de las virtudes judiciales, pero atribuyendo a éstas últimas una dimensión que podría conectarse con una formación más específica para los candidatos a la magistratura. Por último, y a partir del estudio de los sesgos cognitivos y su relación con la empatía, se podría explorar la importancia de lograr una composición plural de los órganos jurisdiccionales, asegurando la diversidad de puntos de vista, orígenes y formación.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ACIJ, 2013, «Villa Inflamable. Donde comenzó el caso "Mendoza" los derechos siguen esperando», Informe presentado ante la Corte Suprema, disponible en: https://acij.org.ar/villa-inflamable-donde-comenzo-el-caso-mendoza-los-derechos-siguen-esperando/

Amaya, A., 2011: «Virtudes, argumentación y ética judicial», *Diánoia,* vol. LVI, N.°67: 135-142;

Andrés Santos, F., 2001: «Roma y los juristas. El modelo romano en la jurisprudencia europea del siglo XIX», *Minerva: Revista de filología clásica*, N.º 15: 281-302;

Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, Traducción Julián Marías, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985;

Atienza, M. – Ruiz Manero, J., 2004: *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, 2.° edición, Ariel Derecho, Barcelona;

Atienza, M., 2001-a: «Virtudes judiciales. Sobre la selección y formación de los jueces en el Estado de Derecho», *Cuestiones judiciales*, Fontamara, México;

Atienza, M., 2001 b: «Ética judicial», *Jueces para la democracia*, N.º 40: 17-18;

Atienza, M., 2004: *Derecho y argumentación,* Universidad Externado de Colombia, Bogotá;

Atienza, M., 2006: *El Derecho como argumentación*, Ariel Derecho, 1.° Edición, Barcelona;

Bal PM, Veltkamp M (2013), «How Does Fiction Reading Influence Empathy? An Experimental Investigation on the Role of Emotional Transportation». *PLoS ONE 2013*, 8(1): e55341. doi:10.1371/journal.pone.0055341;

Bandes, S., 2009: «Empathetic judging and the rule of law», *Cardozo Law Review De Novo:*133;

Boyd-Epstein & Martin, 2010: «Untangling the Causal Effects of Sex on Judging», *American Journal of Political Science,* Vol. 54, Issue 2: 389-411;

Brunsteins, P., 2018: «Empathy and vicarious experience. Congruence or identical emotion?», *Philosophies*: 3,6;

Calhoun, Ch. – Solomon, R., 1989: *¿Qué es una emoción? Lecturas clásicas de psicología filosófica*, Fondo de Cultura Económica;

Casacuberta, D., 2000: *Qué es una emoción*, Crítica, Barcelona;

Chismar, D., 1988: «Empathy and sympathy: The important difference», *The Journal of Value Inquiry*, 22:257-266;

Colby, Th., 2012: «In defense of judicial empathy», *Minnesota Law Review*: 96:1944,

Cuff *et al.*, 2016: «*Empathy: A review of the concept*, *Emotion Review*, Vol. 8, N.° 2: 144-153;

Damasio, A., 2009: *El error de Descartes*, Crítica, Barcelona;

Davis, M., 1996: *Empathy: A social, psychological approach*, Routledge;

Decety, J. – Jacson, Ph., 2004: «The functional architecture of human empathy», *Behavioral and Cognitive Neuroscience Reviews:* 71-100;

Decety, Jean, 2011: «The neuroevolution of empathy», *Annals of the New York Academy of Sciences,* 1231: 35-45;

Deigh, J., 2011: «Empathy, Justice and Jurisprudence», *The Southern Journal of Philosophy*, Vol. 49, Spindel;

Elster, J., 2002: *Alquimias de la mente. La racionalidad y las emociones,* Paidós, España;

Fuller, L., 1978: «The forms and limits of adjudication», *Harvard Law Review,* vol. 92, N.° 2: 353-409;

Glynn, A. – Sen, M., 2015: «Identifying judicial empathy: Does having daughters cause judges to rule for women's issues?», *American Journal of Political Science,* 59 (1): 37-54;

González Lagier, D., 2009: *Emociones, responsabilidad y Derecho,* Marcial Pons, Madrid;

González Lagier, D., 2020: *Emociones sin sentimentalismo. Sobre las emociones y las decisiones judiciales,* Palestra, Lima;

Griffin, D. W. – Dunning, D. – Ross, L., 1990: «*The role of construal processes in overconfident predictions about the self and others», Journal of Personality and Social Psychology,* 59: 1128-1139;

Iacoboni, M., 2009: *Las neuronas espejo. Empatía, neuropolítica, autismo, imitación o de cómo entendemos a los otros,* Katz editores, Buenos Aires –Madrid;

Kronman, A., 1986: «Practical wisdom and professional character», *Social Philosophy & Policy,* vol. 4, Issue 1:203-234;

MacCormick, N., 1978: *Legal reasoning and legal theory,* Oxford University Press;

MacIntyre, A., 1987: *Tras la virtud*, Crítica, Barcelona;

Miller, D., 2010: «Iqbal and Empathy», *UMKC Law Review,* Vol 78 (4): 999-1013;

Minow, M. 1988: «Passion for Justice», 10 *Cardozo Law Review*, 37: 37-76;

Nussbaum, M., 1997: *Justicia poética,* Editorial Andrés Bello, Chile;

Polanyi, M., 2009: *The logic of liberty. Reflections and rejoinders* versión en español disponible: *La Lógica de la libertad. Reflexiones y réplicas*, Katz editores, Madrid;

Rabinowitch, T.– Cross, I. – Burnard, P., 2012: «Long-term musical group interaction has a positive influence on empathy in children», *Psychology of Music* 41(4): 484-498.

Reik, Th., *1949: Character analysis,* Farrar, Strauss & Giroux, New York;

Riess, H., 2017: «The science of empathy», *Journal of Patient Experience*, 4 (2): 74-77;

Rizzolatti, G. – Sinigaglia, C., 2006: *Las neuronas espejo. Los mecanismos de la empatía emocional,* Paidós, Barcelona;

Samamé, L., *2016:* «Justicia y Empatía: Dificultades y Propuestas», *Estudios de Filosofía Práctica e Historia de las ideas,* Vol. 18: 1-12;

Singer, T. – Lamm. C., 2009: «The social neuroscience of empathy», *Ann. N.Y. Acad. Sci.* 1156: 81-96;

Singer, T. – Seymour, B. – O'Doherty, J. – Stephan, K. – Dolan, R. – Frith, Ch., 2006: «Empathic neural responses are modulated by the perceived fairness of others», Nature, 439:466-469;

Strayer, J. – Eisenberg, N., 1990: *Empathy viewed in context,* in *Empathy and its development,* Cambridge University Press;

Ucín, M. C., 2019*:* «Fundamentos teóricos de la participación ciudadana en los tribunales: Una mirada a los casos de Interés Público», *Revista de Derecho Procesal*, Rubinzal Culzoni 2019-1: 423-444;

Ucín, M.C., 2018: «La trama policéntrica del Litigio de Interés Público», *Análisis de las bases para la reforma Procesal Civil y Comercial*, Rojas, Jorge (Coord.), Editorial Rubinzal Culzoni;

Van Boven, L. & Loewenstein, G., 2003: «Social projection of transient drive states»*, Personality and Social Psychology Bulletin,* 29: 1159-1168;

Wind, E., 1963: *Art and anarchy,* Faber&Faber, London;

Wispé, Lauren, 1986: «The distinction between sympathy and empathy: To call forth a concept, a word is needed», *Journal of Personality and Social Psychology*, 50: 314-321.

Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, (2022), *45*
e-ISSN: 2386-4702 | ISSN: 0214-8676

Las máximas de la experiencia como generalizaciones empíricas: notas sobre sus implicancias argumentativas en materia jurisdiccional

The Maxims of Experience as Empirical Generalizations: Notes on their Argumentative Implications in Jurisdictional Matters

Ramón Beltrán Calfurrapa*

Autor:
Ramón Beltrán Calfurrapa
Universidad de Atacama, Chile
ramon.beltran@uda.cl
https://orcid.org/0000-0002-6028-9534

Recibido: 30-10-2020
Aceptado: 5-7-2021

Citar como:
Beltrán Calfurrapa, Ramón (2022). Las máximas de la experiencia como generalizaciones empíricas: notas sobre sus implicancias argumentativas en materia jurisdiccional. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, *45*, pp. 221-250. https://doi.org/10.14198/DOXA2022.45.08

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

© Ramón Beltrán Calfurrapa

Resumen

Sabido es que las máximas de la experiencia se presentan como un recurso ineludible en la determinación de las aserciones fácticas verificadas en juicio. Sin embargo, que el juez deba recurrir a ciertos enunciados comunes y generales de lo que comúnmente acontece, no implica que aquél pueda sustentar su valoración en base a meras consideraciones personales, subjetivas e intuitivas, ni mucho menos que pueda prescindir del deber de motivación en pos de racionalizar su correcto uso. Por tal motivo, tomando en consideración su discutido nivel de fiabilidad, así como los controvertidos aspectos lingüísticos y epistémicos, el presente artículo tiene por finalidad inquirir dos aspectos fundamentales en relación con las máximas de la experiencia: por un lado, enjuiciar críticamente la noción antes aludida y proponer su tratamiento en el seno de las denominadas generalizaciones empíricas y, por otro lado, determinar cómo y de qué forma a partir de dicha categorización aquéllas podrían ser justificadas en aras de favorecer su control jurisdiccional.

Palabras clave: Máximas de la experiencia; generalizaciones empíricas; argumentación y control jurisdiccional.

Abstract

It is known that the maxims of experience are presented as an unavoidable resource in the determination of factual assertions verified in trial. However, the fact that the judge must resort to certain common and general statements of what commonly happens, does not imply that

* Agradezco las valiosas sugerencias y comentarios efectuados al borrador de este trabajo por los pares evaluadores de la Revista Doxa. Naturalmente, todo error en que se incurra, es de mi exclusiva responsabilidad.

he can support his assessment based on mere personal, subjective and intuitive considerations, much less that he can dispense with the duty of motivation in order to rationalize its correct use. For this reason, taking into consideration its disputed level of reliability, as well as its controversial linguistic and epistemic aspects, the present article aims to inquire into two fundamental aspects in relation to the maxims of experience: on the one hand, critically evaluate the notion previously alluded and propose its treatment within the so-called empirical generalizations and, on the other hand, determine how and in what way from such categorization they could be justified in order to promote its jurisdictional control.

Keywords: Maxims of experience; legal epistemology; argumentation and jurisdictional control.

I. INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO

Muchas veces los juristas nos vemos enfrentados con problemas demasiado complejos para admitir una solución plausible a su formulación. Pero también en ocasiones nos vemos desafiados con disyuntivas cuyas complejidades son replanteadas una y otra vez como si necesitasen de una constante revisión[1]. Existen problemas, en efecto, cuyas complejidades se mantienen vigentes no sólo porque a menudo varían las condiciones que se tuvieron en vista para su posible solución en el pasado, sino también porque su naturaleza contextual y difusa hace que sus aspectos nucleares se revitalicen en pos de adecuarlos a una concreta realidad. Y en este caso, por lo demás, muy frecuente tratándose de institutos con una prótasis valorativa, tampoco es raro que dichas reactualizaciones se funden en ideas mutables y contingentes y, de esta forma, se revistan con nuevos ropajes materias que no han sido lo suficientemente decantadas en situaciones pretéritas.

Algo de esto parece estar ocurriendo actualmente con las llamadas máximas de la experiencia y su relevancia epistemológica alcanzada a través del sistema de la sana crítica. En efecto, durante el último tiempo, de la mano del pensamiento analítico o racionalista, han ido apareciendo un número de trabajos sumamente valiosos sobre la valoración de la prueba, la estructura y naturaleza de sus criterios, así como los diversos mecanismos a través de los cuales ésta podría ser controlada[2]. Para ello, desde un punto de vista metodológico, han sido cruciales dos ideas básicas: por un lado, que del *iter* mental y psicológico recorrido por el sentenciador para fijar «*p*» no se infiere indefectiblemente la verdad de «*p*» y, por otro lado, que la racionalidad de «*p*» no reside necesariamente en el grado de corroboración probatoria aportada a «*p*», sino más bien en las razones que la justifican o, más precisamente, en el discurso argumentativo erigido en pos de fundar la verdad o falsedad de sus premisas. De allí, entonces, que se haya

1. Acerca de los problemas y perplejidades recurrentes: Garzón, 2008: 7.
2. Entre tales trabajos, son dables de destacar: Benfeld, 2021: 125-147; Dei Vecchi, 2020: 25-48; Coloma y Agüero, 2014: 673-703,posibilitar experienciasrisdiccionaltorias s.

comprendido que el auténtico problema de la prueba y su valoración no depende sólo –y exclusivamente– del carácter veritativo de sus aserciones, sino que también de la posibilidad de confrontar sus diversos criterios con reglas de una argumentación racional[3].

Sin embargo, así como existen diversas formas de entender los criterios y aspectos que rodean la valoración de la prueba[4], existen también múltiples formas de aproximarse a las máximas de la experiencia. No existe, en efecto, una única perspectiva metodológica que permita abarcar en completitud sus diversas manifestaciones, ni tampoco un exclusivo tipo de argumentación que permita comprender unívocamente sus diversas peculiaridades. Sin ir más lejos, en la conjunción de sus diversos elementos convergen juicios de valor, costumbres sociales, vulgarización de leyes naturales o científicas, nociones de sentido común, así como un sinfín de otros enunciados completamente dispares y heterogéneos. Por esta razón, el jurista que se plantee afrontar el problema de indeterminación y vaguedad asociado a las máximas de la experiencia, debería asumir toda tentativa por racionalizar sus diversos enunciados queda trunco si no se las identifica bajo una categoría común que, ofreciendo de antemano mayor elasticidad, dinamismo y permeabilidad, brinde los hilos conductores necesarios para superar sus variadas y numerosas críticas.

De esta forma, reconociendo que las máximas de la experiencia están sometidas a una constelación de manifestaciones, pensamos que una de las vías metodológicas más idóneas para enfrentar sus diversas diatribas pasa por identificarlas dentro de las llamadas generalizaciones empíricas. Con ello, naturalmente, no se pretende eliminar o desplazar a un segundo plano el concepto de máximas de la experiencia, sino todo lo contrario: identificar que no toda máxima de la experiencia es una generalización empírica, pero no toda generalización empírica es una máxima de la experiencia. Ello, a nuestro juicio, favorecería no solo su adecuado tratamiento metodológico y conceptual, sino que también permitiría identificar que muchas generalizaciones empíricas verificadas en juicio tienden a *vestirse* con los atributos de máximas de la experiencia sin realmente serlo. De este modo, entrando en el dominio de las generalizaciones empíricas, asumiremos que no todas ellas poseen la misma base empírica, no todas ellas ostentan una misma frecuencia probabilística y no todas ellas presentan la misma pertinencia frente a generalizaciones alternativas.

Mas, a nuestro juicio, incluso asumiendo la anterior categorización, dado que la motivación es la única garantía de que disponen los justiciables para identificar una máxima de la experiencia de aquella que no lo es, resulta plenamente coherente insertar el tratamiento de las máximas de la experiencia en el contexto justificativo. Ello, pues, si algo nos enseña en deber de motivación desde su faz garantística, es que las máximas de la experiencia no son autónomas respecto del caso en que se inducen ni tampoco son aplicables analógicamente a casos que presentan cierta similitud. Quizás por ello, uno

3. Señalando el rol fundamental de la argumentación en materia probatoria: Bex, 2021: 183.
4. Sobre la problemática asociada al contenido y extensión de la *quaestio facti*: González, 2013: 15-38.

de los mayores desafíos en materia de máximas de la experiencia sea el tratar de conciliar sus diversas dimensiones formales, materiales y pragmáticas y, de este modo, tratar de equilibrar tales planos a través de una pretensión intersubjetivamente aceptable, vale decir, una pretensión de corrección que facilite su justificación y control racional. De allí, entonces, que todo juicio de hecho fundado en máximas de la experiencia requiera explicitar no sólo los criterios bajo los cuales éstas han sido formuladas, sino que también demostrar que se apoyan en criterios válidos, aceptables y racionalmente fundados.

Con todo, frente a las incertidumbres y ambigüedades existentes en torno a las formulaciones precedentes, sumado a un sinfín de criterios a partir de los cuales las máximas de la experiencia podrían ser abordadas, el presente trabajo persigue denotar, por un lado, la identificación de las máximas de la experiencia como una especie de generalización empírica y, a partir de allí, determinar cuáles deberían ser las condiciones mínimas concurrentes de aquéllas y, por otro lado, cómo y de qué forma las máximas de la experiencia podrían ser justificadas en sede jurisdiccional. Para cumplir estos objetivos, el trabajo se distribuye en cuatro apartados. En el primero se reconstruye el origen histórico y la noción arquetípica de las llamadas máximas de la experiencia. En el segundo se presentan las inconsistencias y críticas más representativas de dicha noción. En el tercero se muestran las generalizaciones empíricas y sus tipologías más relevantes a efectos de distinguirlas de las máximas de la experiencia. Y, en el cuarto, se bosqueja cómo y de qué forma las máximas de la experiencia –como especie de generalización empírica– podrían ser justificadas y motivadas. Por consiguiente, asumiendo que las proposiciones inferidas de la experiencia deben sustentarse en razones y no en suposiciones, concluiremos que sólo explicitando, contrastando y justificando el conocimiento que las avala y, por tanto, determinando su grado de apoyo empírico, es posible predicar a su respecto una aceptabilidad y confiabilidad razonable en la valoración de la prueba.

II. SOBRE LA NOCIÓN Y ORIGEN DE LAS MÁXIMAS DE LA EXPERIENCIA

El concepto de máximas de la experiencia, como regla que deriva por vía inductiva de proposiciones generales, fue propuesto inicialmente en 1893 por el jurista alemán Friedrich Stein (1859-1923)[5], quien, en su famoso libro *El Conocimiento Privado del Juez*, procedió a conceptualizarlas como:

> Definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido, y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos casos (Stein, 1999: 27).

5. Avalando el mérito de Stein por haber sugerido dicho concepto: Carnelutti, 2018: 96, nota 107; Nieva, 2010: 28; Taruffo, 2002: 140; Nobili 1974: 47.

Por esta razón, según su parecer, no habría absolutamente ninguna máxima de la experiencia que no sea notoria, ni tampoco ninguna que pueda ser valorada con una certeza total y absoluta[6]. Ello, pues, al sustentarse en criterios comunes y generales, las máximas de la experiencia constituirían hipótesis manifestativas de ciertas consecuencias probables y, por ende, sólo poseerían un valor tendencialmente aproximativo de verdad. De allí, entonces, que su validez y eficacia subsistan sólo y en la medida que no aparezcan nuevos sucesos que demuestren que la regla empleada como máxima hasta ese entonces era falsa[7]. Quizás por ello, a juicio de Stein, vano sea el esfuerzo por querer encerrar en categorías, a efectos de clasificación, todos los ámbitos de las relaciones vitales que deben ser sometidas al escrutinio judicial. Ello, no sólo porque el Derecho es un fenómeno social y culturalmente cambiante, sino también porque la ciencia y la *praxis* forense deben estar siempre prestas a adecuar y actualizar de continúo su concreto proceder. De allí, por tanto, que una máxima de la experiencia perfectamente pueda abarcar todos los niveles de lo imaginable y lo probable, más aún cuando se desconocen los límites que puede llegar a alcanzar el conocimiento humano. De esta forma, en suma, mientras más profundamente estén formados los jueces sobre los saberes de la vida, menos será de temer que se consideren autoridades que pongan en entredicho el sentido común y el más concienzudo autoexamen sobre la medida de la regla que se utiliza como máxima[8].

Con todo, si bien el concepto de máxima de la experiencia fue un esfuerzo indiscutible de Stein por liberar la *Freie Beweiswürdigung* de la mera exasperación subjetiva, el uso de las máximas de la experiencia en el razonamiento probatorio era bien conocido en la antigüedad. En efecto, a partir del *id quod plerumque accidit*, es decir, las cosas que ocurren con frecuencia o, en cualquier caso, con cierto grado de regularidad, ninguno de los enunciados que integran la noción máximas de la experiencia puede considerarse un descubrimiento enteramente original: ni la idea de máxima como proposición que aporta un seguro fundamento a una ciencia o arte, ni la idea de experiencia asociada a la repetición constante, uniforme y pública de ciertas situaciones que acontecen en el diario vivir[9]. De hecho, tras ella existe una elaboración antiquísima que se remonta a los albores de la civilización occidental: esto es, aquella que parte con la concepción de prueba como *ars inveniendi*, *argumentum* y *ratio*, que transcurre desde la Grecia clásica hasta el apogeo de la Roma imperial[10], y que, posteriormente, a través de juristas tales como Aurelius Cassiodorus, Petrus Abelardus y Petrus Hispanus, fue transmitida a la cultura medieval propia de los siglos IX al XIII.

6. Stein, 1999: 33.
7. Stein, 1999: 37.
8. Stein, 1999: 123.
9. Adviértase, no obstante, que el sentido etimológico la voz experiencia sucede a la latina *expĕrĭentĭa,* compuesta por el prefijo indicador de procedencia *ex*, que ya figura en el verbo *expĕrĭor*, el cual significa intentar, ensayar o comprobar el funcionamiento de algo. Sobre esto: Abbagnano, 1971: 323 y ss.
10. Respaldando el uso de las máximas de la experiencia en el Derecho Romano clásico, Guzmán, 1997: 247.

De este modo, sobre la base de esta larga tradición histórica, interrumpida en el período de la inquisición por el sistema de prueba legal o tasada, las máximas de la experiencia hunden sus raíces en la noción *máxima propositio*, la cual, propuesta originalmente por Boethius (c. 480-524 o 525), supuso comprender que ciertas proposiciones «son universales y de tal modo conocidas y manifiestas, que no requieren prueba y, más bien, son ellas mismas las que prueban en caso de duda»[11]. De hecho, a juicio de Bacon, «sin la experiencia nada se puede conocer suficientemente», puesto que «los modos de conocer son dos: la argumentación y la experiencia»[12]. De ahí que, en pleno auge del humanismo propio del siglo XVI, dirá Duarenus, que «existen algunas concepciones comunes a nuestra naturaleza, que son de gran valor a la hora de juzgar, contribuyendo en especialmente en esta materia las costumbres, los usos y la experiencia, [motivo por el cual] debe haber una persona idónea para poder juzgarlas»[13]. Puede decirse, por tanto, que el uso de la experiencia como máxima en materia probatoria es un recurso antiquísimo, que Stein, quizás influenciado por Kant, se dispuso a elevar a una categoría tendencialmente objetiva en aras de racionalizar su singular ámbito de utilización.

Con todo, a pesar que su autor planteó aprensiones a su propia creación[14], no se puede desconocer que el concepto de máxima de la experiencia logró fama y reconocimiento gracias a Stein, quien, desde una óptica formal y mecanicista, labró dicha noción persiguiendo dos objetivos primordiales: primero, delimitar una serie de conocimientos de contenido general y público distintos a la ciencia privada del juez y, segundo, facilitar que los tribunales de justicia puedan efectuar un control sobre la legitimidad de la decisión factual[15]. No en vano, pese a los diversos intentos por reemplazar su nomenclatura, las máximas de la experiencia siguen profesando aún en nuestro medio una misma idea basal: a saber, que existen una serie de sucesos del hombre y de la naturaleza que, cimentados sobre la base de lo que comúnmente acontece, representan el pegamento que vincula las hipótesis con las pruebas y, a partir de allí, defender la fuerza de los vínculos que posibilitan las ilaciones argumentativas sobre el *factum probandum*[16]. Negar el uso de las máximas de la experiencia, por consiguiente, significaría «hacer imposible para el juez cualquier reflexión y elección, condenándolo a la emisión de una decisión racionalmente injustificada, solipsísticamente intuitiva e, incluso, en la afasia más completa»[17].

11. Boethius, 1887, columna 1051 c. En contra, atribuyendo el origen de la noción al francés Petrus Abelardus: Garofoli, 2008: 463 y Nobili, 1969: 124.
12. Bacon, 1897, part. 6, cap. 1: 167.
13. Duarenus, 1765: p. 428.
14. Stein, 1999: 19.
15. Así: Nobili, 1974: 47, n. 58. naa ectos de cualos factuales rencias parciales. iones que la dogmatica atribuye a las muede rechazar. sintesis roposisicione
16. En argumento: Schum, 1994: 82.
17. Ubertis, 2015: 85-86.

Quizás por ello, a pesar de las naturales divergencias lexicales y contextuales, distintas legislaciones han reconocido a las máximas de la experiencia y su importancia en la valoración de la prueba. En Brasil, por ejemplo, el artículo 375 del *Código de Processo Civil* del año 2015, se encarga de enfatizar: «El Juez aplicará las reglas de la experiencia común provenientes de la observación de lo que ordinariamente acontece y, también, las reglas de la experiencia técnica, exceptuando, en cuanto a éstas, el examen pericial». En Uruguay, por su parte, el artículo 141 del *Código General del Proceso* del año 1988, señala: «A falta de reglas legales expresas, para inferir del hecho conocido el hecho a probar, el tribunal aplicará las reglas de la experiencia común extraídas de la observación de lo que normalmente acaece». Y en Italia, a su turno, el inciso segundo del artículo 115 del *Codice di Procedura Civile* del año 1940, refiriéndose al principio de disponibilidad de las pruebas como base para la fundamentación de la decisión, manifiesta: podrá el juez, «sin necesidad de pruebas, fundamentar la decisión en nociones de hecho que son parte de la experiencia común». Todas estas consagraciones, por consiguiente, nos hablan de un instituto con características y fisonomías insustituibles, merced su trascendencia epistémica, heurística y justificativa para reconstrucción y valoración de la cuestión factual. Se puede sostener, por tanto, que la referencia a las máximas de la experiencia constituye un recurso prácticamente ineludible del quehacer adjudicativo, más aún si se considera su desiderátum concreto: que sería ilusorio exigir que el juez, en el momento de ejercer su ponderación probatoria, se despoje de todas las nociones que ha percibido en cuanto hombre y miembro de la comunidad.

III. SOBRE LAS CRÍTICAS A LAS MÁXIMAS DE LA EXPERIENCIA

Como aseveró Alf Ross:

> El juez no es un autómata que convierte mecánicamente las reglas y los hechos en decisiones. Es un ser humano que se ocupa cuidadosamente de su tarea social tomando decisiones que considera correctas en el espíritu de la tradición jurídica y cultural. Su respeto por la ley no es absoluto, ni la obediencia a ésta su único motivo. A sus ojos la ley no es una fórmula mágica, sino una manifestación de los ideales, actitudes, estándares o valoraciones que hemos llamado tradición cultural (Ross, 1958: 138).

Y es que independientemente de las críticas que merezcan las anteriores aseveraciones, nadie puede dudar que diversas concepciones filosóficas, políticas, culturales e ideológicas penetran en el proceso y en su configuración concreta, dotándolo de ciertas orientaciones y símbolos que van más allá de la mera legalidad. De hecho, hoy nadie mínimamente informado podría sostener que los jueces son, según la célebre frase de Montesquieu, «la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de aquéllas»[18], ni menos aún, como lo indicó

18. Montesquieu, 1884: 268.

Beccaria, «un dique roto al torrente de las opiniones»[19], «cuando el juez, por fuerza o voluntad, quiere hacer más de un silogismo»[20]. Y la razón de ello es bien conocida: todo hombre y así también el juez, se encuentra siempre sometido a un sinnúmero de códigos y pautas personales, sociales y culturales que funcionan como intersticios meta-jurídicos[21] sobre los cuales modela su decisión. El quehacer adjudicativo, por ende, no es completamente formalizado ni mucho menos enteramente subsuntivo, sino más bien omnicomprensivo de diversos factores que condicionan la forma como el juez explica y comprende la realidad: los códigos fundamentales de una sociedad, la reglas que moldean el uso del lenguaje, sus esquemas perceptivos, sus cambios, sus valores, la jerarquía de sus prácticas, así como un sinnúmero de otros factores que dan vida al contexto y entorno que rodea la decisión factual. La tarea del sentenciador no es, en consecuencia, puramente cognoscitiva ni menos aún estrictamente deductiva, sino en buena parte creativa y evaluativa, puesto que está influenciada por diversos factores situacionales que exceden con creces lo que comúnmente calificamos como jurídico.

Pero en una sociedad altamente diversificada, influenciada por ideologías de disenso más que de consenso, con recursos culturales no siempre bien compartidos, así como con imágenes comunicativas sesgadas y también parcializadas, cabe preguntarse si las máximas de la experiencia pueden ser expresión neutral e imparcial de esos *background knowledges* necesarios para conectar las inferencias probatorias y permitir la valoración de la prueba. De hecho, producto de la equivocidad del término, en nombre del *quod plerumque accidit* han encontrado refugio una y otra vez, según los tiempos y las circunstancias, las ideologías más diversas: tanto la ideología de la represión como la de la libertad; tanto la ideología de la igualdad como la de la discriminación; tanto el derecho de resistencia como el deber de obediencia. Piénsese, en este sentido, en el mismo antagonismo ideológico resultante en el campo de la valoración de la prueba: un antagonismo que no ha sido el fruto no solo de diversas metodologías empleadas en la búsqueda de la verdad, sino también manifestación de los diversos valores sociales, políticos y culturales que se han expresado a través de las máximas de la experiencia. Baste, a título de ejemplo, recordar como en la jerarquía de los valores testificales de la prueba legal o tasada, por injerencia directa de máximas de la experiencia positivadas, se daba más preeminencia al testimonio del anciano sobre el joven, el hidalgo sobre el plebeyo y el rico sobre el pobre. Incluso es más, tratándose de la declaración de las mujeres, éstas o no eran admitidas a testificar, o bien, en caso de serlo, su declaración era infravalorada en la mitad o un tercio menos que la de los hombres[22]. De este modo, dicha realidad no solo fue un reflejo en el campo procesal de un pensamiento rudimentario o arcaico, sino también expresión de experiencias comunes que reflejaban una cultura jerárquicamente asimétrica y no igualitaria.

19. Beccaria, 1858: 292.
20. Beccaria, 1858: 291.
21. Sobre el ejercicio de potestades intersticiales: Rodenas, 2012: 11.
22. Así: Cappelletti, 2006: 95.

Con todo, en los ambientes culturales en los cuales estaba aún muy lejos de ser debatida seriamente la igualdad y proscripción de la arbitrariedad, uno podría pensar que tal realidad está lejos de ser experimentada el día de hoy. De hecho, se podría asumir como un error anacrónico el leer el pasado con los ojos del presente, más aún cuando los principios que inspiran los sistemas jurídicos contemporáneos permitirían avalar máximas fundadas exclusivamente en la razón y no en la discriminación. Sin embargo, si se asume que la experiencia común es prefigurada por la suma de experiencias individuales, tal realidad no se encuentra exenta de sufrir manipulaciones frente a su uso inapropiado y falaz.

En efecto, gran parte de las decisiones que tomamos, las explicaciones que ofrecemos y las conclusiones a las que llegamos, muchas veces se encuentran colmadas de juicios intuitivos, rápidos y automáticos. No porque nos guste prescindir de juicios analíticos, reflexivos y sofisticados, sino porque a menudo necesitamos de reglas simples y eficientes a fin de dar respuestas rápidas a sucesos inciertos e indeterminados[23]. Por ello, lejos de los modos de razonar meditados y bien articulados, la evidencia sugiere que gran parte de los seres humanos, incluidos obviamente los jueces, recurren a ciertos atajos mentales como una forma de simplificar las complejas tareas decisorias que supone su concreto quehacer. Estos atajos toman el nombre de heurísticas[24]: reglas generales que filtran y comprimen de forma selectiva gran parte de la información disponible, permitiendo, de este modo, formar juicios expeditos, efectuar valoraciones inmediatas y tomar decisiones a problemas complejos[25]. No es, pues, extraño, que usando la experiencia pasada para guiar el comportamiento presente, los jueces en ocasiones recurran a tales heurísticas como una forma de identificar diversas máximas de experiencia, más aún cuando no se tiene ni el tiempo ni la energía para reunir toda la información necesaria para avalar la elección que se realiza.

El punto, sin embargo, es que si bien el razonamiento heurístico presta bastante utilidad en el campo adjudicativo, puesto que simplifica y agiliza enormemente la tarea decisoria[26], conviene no confundir lo que son las heurísticas de que son las máximas de la experiencia. Ello, pues, mientras las primeras son herramientas que permiten la adopción de decisiones rápidas y automáticas en variadas formas de interacción directa, esto es, decisiones a las que les sigue inmediatamente la acción, las máximas de la experiencia responden a una lógica completamente diversa; una lógica en la cual la prueba se concibe como *argumentum*, esto es, como una razón o conjunto de razones que aportan *fides* y *credibilĩtas* a una determinada hipótesis fáctica incierta o puesta en duda. De allí que el ámbito donde se mueven las máximas de la experiencia sea el

23. En argumento: Goldstein, 2014: 371.
24. Sobre el origen y categorización de las heurísticas: Tversky y Kahneman, 1974: 1124 y ss.
25. Por consiguiente, como explica Wärneryd: «a heuristic is essentially a procedure for problem solving that functions by reducing the number of possible alternatives and solutions and thereby increases the chance of a solution». Wärneryd, 2018: 43.
26. Así: Rumiati y Bona, 2019: 18 y 137.

argumentativo, pues, entre los hechos que queremos probar y los hechos que usamos para probarlos, las máximas de la experiencia actúan como verdaderos puentes de racionalidad –epistémica– que dotan la decisión fáctica de una garantía que vincula tales enunciados en aras de avalar su justificación. Por ende, con independencia que las máximas de la experiencia puedan ser susceptibles de verdad o falsedad, éstas no responden necesariamente a la dinámica de decisiones instintivas, rápidas e intuitivas, sino más bien a una actividad deliberada, consciente y argumentada. Se podría decir, por tanto, que la fuerza una máxima de la experiencia viene dada por la solidez del argumento justificativo en el cual descansa, lo cual, en todo caso, no lleva a excluir que una decisión explicativamente adoptada por ciertas heurísticas termine siendo justificada por remisión a máximas de experiencia bien argumentadas[27].

Sin perjuicio de lo dicho, no podemos desconocer que en la prefiguración y uso de las máximas de la experiencia ocasiones también se incurre en graves sesgos, estereotipos y prejuicios[28]. De hecho, es bien conocido, especialmente después del análisis de Bernstein y Loftus, que los seres humanos somos proclives a exagerar la consistencia y coherencia de lo que vivimos, principalmente porque «en el proceso de reconstrucción del pasado, coloreamos y damos forma a las experiencias de nuestra vida en función de lo que sabemos sobre el mundo»[29]. Esto implica, por un lado, que en la vida social la experiencia particular precede a la experiencia general y, por otro lado, que las cadenas de asociación y recuerdo influyen de sobremanera en la construcción de las diversas analogías de similitud social. En razón de ello, la mayoría de las experiencias que se estiman comunes o compartidas son reconstruidas con probabilidades no necesariamente correctas, frecuencias estadísticas no bien fundadas y representaciones prototípicas sesgadas y a veces también parcializadas. En los EE.UU, por ejemplo, un estudio llevado a cabo el año 2018 determinó que la mayor trayectoria o experticia de los jueces no logra atenuar los sesgos y prejuicios de género en la toma de decisiones judiciales[30]. Tales hallazgos, que forman parte de un estudio más amplio sobre el comportamiento judicial, revelaron que los jueces eran tan propensos como cualquier otro sujeto a discriminar y a reproducir en sus fallos ideas preconcebidas sobre los roles de género[31].

27. En este sentido, juicio de Haack: «identificar el contexto de descubrimiento con la esfera de lo psicológico o sociológico y el contexto de justificación con la esfera de lo lógico, como hace Popper, conlleva el riesgo de omitir que las hipótesis no se obtienen ciegamente, sino que implican inferencias, y que recolectar, compartir y valorar pruebas relativas a la hipótesis es generalmente una empresa comunitaria». Haack, 2021: 41.
28. Sobre las generalizaciones empíricas buenas y malas: Dahlman, 2017: 89-93; Schauer, 2006: 7-19.
29. Bernstein y Loftus, 2009: 373.
30. Miller, 2018: 228.
31. Para asegurar la objetividad de la muestra, no se especificó a qué territorio jurisdiccional se encontraban adscritos tales jueces. Sin embargo, se detalló que del total de participantes el 68.2% eran hombres, 29.7% mujeres y 0.6% otros (1.5% no identificaron género). Adicional a ello, los participantes se identificaron como 85.5% blancos, 5.2% negros, 2.9% latinos, 1.8% asiáticos, 1.0% multirraciales, 0.2% nativos americanos y 2.1% otros (1.5% no identificaron una raza o etnia). Sobre esto, Miller, 2018: 228.

Incluso es más, según dicha investigación, que involucró a 619 jueces de familia de primera instancia, los sentenciadores apoyaron conscientemente diversas representaciones tradicionales de género, que incluían estereotipos como «las mujeres están más interesadas en criar niños» o «a las familias les va mejor si el hombre es el cabeza de familia»[32]. No porque les guste o apetezca ser tildados necesariamente de machistas o patriarcales, sino porque las ideas culturales sobre el género calan tan hondo que todo el entrenamiento forense y habilidades sobre pensamiento lógico muchas veces no son suficientes para hacerlos inmunes a este tipo de errores[33]. De este modo, la tendencia a generalizar con argumentos comunes, pero sesgados, falaces o espurios, plantea la posibilidad de que las máximas de la experiencia sean también la puerta de entrada a decisiones fundadas en sesgos y estereotipos, más aún cuando la mayor experiencia de los jueces no es suficiente escudo contra la influencia de tales yerros[34].

III. LAS MÁXIMAS DE LA EXPERIENCIA COMO UNA ESPECIE DE GENERALIZACIÓN EMPÍRICA

Según hemos podido advertir, las máximas de la experiencia presentan una serie de características que nos obligan a su tratamiento en un ámbito ciertamente diferenciado. Ello, pues, en estricto rigor, estas abarcan no sólo el análisis de aspectos puramente procesales, sino que también epistemológicos, lógicos y sociológicos, los cuales, por su naturaleza muchas veces difusa y contextual, ofrecen una serie de criterios necesitados de una concreta justificación. Por esta razón, si bien las conclusiones a las cuales arribemos estarán naturalmente condicionadas al enfoque que en cada caso asumamos, creemos que la forma metodológica más adecuada para enfrentar a las máximas de la experiencia es a partir de las llamadas generalizaciones empíricas.

En efecto, en las discusiones filosóficas acerca de la justificación de los procedimientos inductivos, las generalizaciones a menudo son vistas como proposiciones esencialmente abreviadas, aunque no por ello menos adecuadas, que permiten expresar conexiones regulares entre diversos fenómenos empíricos y, de esta forma, posibilitar inferir otros sucesos semejantes de forma explicativa, predictiva y justificativa. Así, fundándose en el poder de los datos disponibles en un contexto determinado, las generalizaciones cumplen una función primordial de sistematización y estructuración de la información, brindando, sea dicho de paso, un predecible orden entre los complejísimos e innumerables datos que podemos testear y observar empíricamente[35]. Piénsese, en este sentido, en las generalizaciones exhibidas por elementos químicos en función de sus pesos atómicos, las cuales, identificadas en 1871 por Dimitri Mendeléiev, permitieron

32. Miller, 2018: 230.
33. Así: Miller, 2018: 232.
34. Sobre los estereotipos y sus manifestaciones en el contexto judicial: Arena, 2016: 51-75.
35. En argumento: Hempel, 1970: 178.

no sólo descubrir el patrón subyacente a las periodicidades de los 63 elementos químicos conocidos a la sazón, sino que también predecir las propiedades y características de elementos todavía por descubrir: el Galio, descubierto en 1875; el Escandio, descubierto en 1879; y el Germanio, descubierto en 1886.

De este modo, a diferencia de las universalidades, que denotan una aplicabilidad categórica entre el todo o la nada[36], las generalizaciones son el reconocimiento de que nuestro conocimiento sobre mundo y sus circunstancias es humano, vale decir, limitado, parcial e imperfecto, máxime cuando la tendencia a generalizar por vía de representaciones, esquemas y patrones resulta esencialmente probable tanto en su verdad cuanto en su falsedad[37]. No en vano, muchas de nuestras ideas y prácticas sustentadas en la experiencia se avalan sobre la base de la observación de un conjunto de casos particulares, transmutados, a su vez, a través de una serie de cadenas de asociación a fin de respaldar gran parte de los argumentos de nuestra vida cotidiana. Así y todo, la tendencia a generalizar es el único medio que conocemos para adentrarnos en lo específico, para asir las cualidades y categorías que distinguen un suceso de otro, de modo tal de encasillar una cantidad ilimitada de información y un inabarcable número de situaciones bajo un común denominador. Se podría sostener, por consiguiente, que todos los instrumentos que el hombre posee para la comprobación y el examen de la verdad, incluido naturalmente el Derecho, requieren de generalizaciones como una forma de procesar información de modo condensada y graduable, de forma tal de atribuir en su respectiva ponderación mayor o menor peso probabilístico.

Con todo, así como podemos inferir la presencia del fuego por la aparición del humo, la caída de la lluvia por un charco de agua, o bien el paso de un animal por la huella en la arena, se debe aclarar que la mayoría de las generalizaciones empíricas requieren de una buena base conceptual y empírica a fin de avalar su correcto uso. La generalización, por ejemplo, de que los cuervos son negros requiere saber que los cuervos son una especie de ave y que el negro es un tipo de color, así como qué otros tipos de aves y colores son reconocidos además social y culturalmente. Empero, la tarea de delimitar las generalizaciones empíricas tampoco se agota allí. La operación de elucidar las implicancias conceptuales de tales generalizaciones supone también un análisis situacional y pragmático, puesto que, siempre que ni la causa ni el efecto de un fenómeno sean inmediatamente perceptibles, puede este ser a su vez el significante de su propia causa o efecto. Piénsese, por ejemplo, en que el humo no hace de signo del fuego, si el fuego se percibe al mismo tiempo que el humo; o, por el contrario, que

36. En este sentido, cabe aclarar que el término universal se ha utilizado de diferentes formas y maneras, no obstante que desde un plano estrictamente lógico se suele separar de la noción de generalidad. Así, en palabras de Hare: «Universality, in the sense in which U-type maxims are universal, is not a matter of degree; to suppose that it is, is to confuse the term «universal» (as opposed to «singular») with the term «general» (as opposed to «specific»)». Hare, 1955: 301.

37. Ello, pues, como señala MacCormick: «una razón universalizada del juicio dice 'Siempre, si c haz v', mientras que una razón generalizada no puede decir más que 'Muy a menudo, si c haz v' o quizá 'Casi siempre, si c haz v'». MacCormick, 2016: 171-172.

el humo puede ser el significante de un fuego no perceptible, siempre que se asocie precisamente la generalización de que no hay humo sin fuego. De allí que en el campo de las generalizaciones empíricas se deban considerar no sólo proposiciones fácticas puras y simples, sino también las diversas entidades lingüísticas en las cuales éstas se descomponen: vale decir, enunciados semióticos que operan casi siempre de forma implícita en cada generalización, permitiendo, de este modo, formular una inferencia que conecte desde una faz comunicativa los diversos sucesos verificados y contrastados. Para razonar conforme a tales consideraciones, por tanto, no se necesita asumir un rígido entendimiento del *ordo et connexio idearum* sugerido por Spinoza[38], sino más bien comprender que la validez de un conjunto de circunstancias consiste en la posibilidad de analizarlas en sus partes más simples, las cuales, a su vez, deben aparecer lingüísticamente fundadas, contrastadas y no refutadas.

Ahora bien, desde el ámbito del *common law* son muchos los autores que han propugnado la importancia de las generalizaciones empíricas en el razonamiento probatorio. En efecto, por influencia directa de Wigmore[39], gran parte de la llamada *New Evidence Scholarship* ha enfatizado que la mayoría de los argumentos que utilizamos en el campo probatorio se basan en generalizaciones[40]. Ello no sólo porque la interpretación de un número no menor de los sucesos empíricos requiere de esquemas prototípicos de representación, sino, también, porque cuando realizamos una inferencia probatoria necesitamos de puentes que vinculen el *factum probans* con el *factum probandum*. De allí, entonces, que tales puentes entre las pruebas y las hipótesis a probar, además de legitimar *a priori* los eslabones de la cadena de razonamientos probatorios, permitan precisamente la formulación de hipótesis probables sobre los hechos de la causa. No se trata, por consiguiente, de proposiciones categóricas que se agotan bajo el esquema «si A, entonces B», sino más bien de proposiciones que afirman que cuando ocurren eventos del tipo A, los eventos del tipo B ocurrirán muy a menudo, normalmente o casi siempre. Considérese, por ejemplo, la inferencia sustentada en el hecho que cierta persona reaccione alérgicamente al maní y la probabilidad de que vuelva a presentar idéntico cuadro si consume nuevamente dicho alimento. Tal inferencia se basa en el conocimiento general sobre la alergia como condición que, la mayoría de las veces, normalmente o muy a menudo, aparece de forma recurrente frente determinadas sustancias que producen reacciones adversas del organismo. En este contexto, quien razona de tal forma, no necesariamente es consciente de las generalizaciones que está realizando: por ejemplo, que es probable que el tipo de personas que reaccionan alérgicamente al maní continúen reaccionando de idéntica e igual forma, o bien que las personas que son alérgicas a otros alimentos experimenten síntomas análogos o similares a los producidos por el antedicho alérgeno. El punto importante, por tanto, es reconocer que en

38. Spinoza, 2000: 81.
39. Wigmore, 1937: 21
40. Sobre este último punto, entre otros: Anderson, 1999: 455-481; Twining, 2000: 70-98; Allen et al., 2016: 138 y ss.

toda inferencia casi siempre existe una generalización que conecta un hecho conocido a otro desconocido, permitiendo, de este modo, que las diversas cadenas de asociación inferencial estén vinculadas y conectadas con el caso particular.

Sentado todo lo anterior, cabe destacar que las generalizaciones utilizadas en el campo probatorio han sido objeto de diversas categorizaciones. Una de ellas es la ya clásica tipología sugerida por Anderson[41], quien, con la finalidad de tomar en cuenta las variables que resultan de su delimitación, clasifica las generalizaciones empíricas según diversos criterios y propósitos. En primer lugar, según su grado *confiabilidad*, existirían generalizaciones que van desde proposiciones bien testeadas y generalmente aceptadas, pasando por creencias comúnmente afirmadas, pero no probadas ni contrastadas, hasta llegar a prejuicios y sesgos basados en estereotipos falsos y discriminatorios. En segundo lugar, de acuerdo a su campo de *aplicabilidad*, existirían dos grandes tipos de generalizaciones: por un lado, las generalizaciones específicas del caso concreto, como aquellas que sólo son compartidas por un determinado círculo o grupo de personas; y, por otro lado, las generalizaciones de contexto, las cuales, además de ser ampliamente aceptadas y compartidas, dan lugar según su fuente a las siguientes categorías: (a) *generalizaciones científico-expertas*, que se basan en leyes científicas, como la ley de la gravedad, o en principios bien establecidos, como la prueba de ADN mitocondrial; (b) *generalizaciones de conocimiento general*, las cuales derivan de experiencias comunes y compartidas socialmente, tales como aquellas que postulan que en los climas desérticos normalmente existirán altas temperaturas; (c) *generalizaciones basadas en la experiencia*, las cuales incluyen tanto vivencias personales asociadas a la idea de sentido común, como aquellas que se basan en prácticas personales reiteradas y usuales; y, (d) *generalizaciones sintético-intuitivas (o basadas en creencias)*, que son aquellas que una persona utiliza de su reserva de conocimientos y creencias, sin que pueda identificar la fuente de la generalización o explicar por qué cree en ella.

Todo lo anterior, en suma, nos permite vislumbrar la variabilidad de hipótesis y situaciones que son posibles de alcanzar con las generalizaciones empíricas, las cuales, enmarcadas en el contexto de las máximas de la experiencia, nos facilita identificar precisamente la naturaleza jurídica de éstas últimas: el ser una especie de generalización empírica. De este modo, como lo adelantamos, toda máxima de la experiencia es una generalización empírica, pero no toda generalización empírica es una máxima de la experiencia. Esto, pues, a pesar que ésta última participa del *genus proximum* de aquélla, el campo de aplicabilidad de las máximas de la experiencia es mucho más restringido y acotado que el de las generalizaciones empíricas.

En efecto, como acabamos de analizar, existen múltiples tipos de generalizaciones con relevancia probatoria, las cuales, dependiendo de cada contexto, se manifestarán a través de diversas fisonomías, criterios y niveles de fiabilidad. En ocasiones, por ejemplo,

41. Anderson, 1999: 458-459. Siguiendo esta tipología: Dwyer, 2008: 60; Walton, 2005: 37; Anderson, Schum y Twining, 2005: 265 y ss.

el juez podrá recurrir a generalizaciones empíricas institucionalizadas, vale decir, a presunciones legales que pueden verse como una cristalización normativa y autoritativa del *id quod plerumque accidit*[42]. En otros casos, por el contrario, el juez podrá hacer uso de generalizaciones empíricas probabilísticas, esto es, de proposiciones habituales que sin poseer una validez universal presentan una altísima frecuencia de ocurrencia. Y, por fin, dejando de lado los dogmas monotéticos de la ciencia, en ocasiones el juez podrá incluso también recurrir a leyes científicas o naturales, de forma tal de instaurar en todos los casos posibles una figura inferencial entre los hechos de la causa[43]. De este modo, no obstante que el pegamento lógico de gran parte de las inferencias probatorias esté constituido por máximas de la experiencia, se debe huir a la tentación de creer que éstas son la única y exclusiva vía a través de las cual se logra el puente inferencial entre el *factum probans* y el *factum probandum*. De otro modo, el juez acabaría no solo por confundir el continente del contenido, sino que también podría estar expuesto al yerro de unificar la validez, fuerza y el fundamento que se otorgan a unos y otros tipos de generalización.

Con todo, se podría pensar que la reducción de las máximas de experiencia a un cierto tipo específico de generalización empírica podría ser problemática por varias razones. En primer lugar, porque se trataría de un aspecto meramente lingüístico y terminológico, pues sería perfectamente admisible considerar la noción máxima de experiencia como sinónimo de generalización empírica y seguir manteniendo la distinción aludida. Existirán, por ende, tantos tipos de máximas de experiencia cuantos tipos de generalización y, a su vez, existirán máximas espurias y no espurias, mejor o peor fundadas, así como generalizaciones que presenten también dichas fisonomías. En segundo lugar, porque dicha reducción se basa –a lo menos desde la perspectiva aquí asumida– en una clasificación de las generalizaciones empíricas que podría ser objetada por una serie de inconsistencias. Por ejemplo, las calificadas como *generalizaciones científico-expertas* se basan también en experiencias comunes y compartidas, quizás mejor justificadas o más experimentadas, pero si existen diferencias entre ellas parece tratarse de una divergencia más de grado que de otra índole: concretamente, una diferencia en el grado de justificación epistémica. De hecho, el ejemplo de la identificación de huellas dactilares muestra que las generalizaciones científicas son en algunos casos tan endebles como las restantes, más aún cuando la asunción de que hay generalizaciones científicas y otras que no lo son parece presuponer que hay una línea demarcatoria entre lo que es ciencia y lo que no lo es.

42. Se debe aclarar, en todo caso, que sería un error concebir a las presunciones exclusivamente a partir de dicha finalidad, pues, en estricto rigor, no todas las presunciones se fundamentan sobre el *id quod plerumque accidit* ni tampoco todas se materializan a partir de una lógica inferencial entre dos proposiciones. Sobre esto: Gama, 2019: 216 y ss.
43. Adviértase que, en este último caso, la inferencia probatoria podría adoptar la forma monológica-deductiva sugerida por Hempel. Así: Hempel, 1970: 300-301.

Por último, el tercer problema residiría en que, al identificar a las máximas de la experiencia como generalizaciones empíricas, se podría confundir la relación que se da entre las relaciones causales y las generalizaciones en virtud de las cuales aceptamos que ciertas relaciones causales existen. Así, a lo menos bajo cierta concepción de la causalidad, aquéllas consistirían en la presencia de relaciones nómicas entre diversos tipos de eventos, siendo la justificación de tales explicaciones causales (que, en principio, deben ser distinguidas de la relación que ellas explican) una remisión a la observación reiterada de relaciones entre los diversos tipos de eventos aludidos. Es decir, una justificación de una aserción referente a la existencia de una relación causal (universal) entre dos tipos de evento, que se sustenta en una generalización (probabilística) llevada a cabo a partir de la reiterada observación de correlaciones entre instancias atingentes a tales tipos de eventos. Por tanto, mientras la justificación causal que se da en la mayoría de estos casos es casi siempre inconcluyente (pues es ampliativa y probabilística), la relación que se da entre tales eventos concierne una justificación que se plantea como nómica y universal.

Pues bien, planteadas tales disyuntivas conviene aclarar y despejar algunas incertidumbres que se generan a partir de ellas. En primer orden, efectivamente la distinción entre una generalización empírica y una máxima de la experiencia puede ser –en principio– una cuestión meramente lexical y lingüística, más aún cuando se trata de términos similares que suelen transmitir una misma idea funcional. Sin embargo, si nos detenemos en la particularidad, que un concepto diga algo de otro no significa que entre ambos no existan grados de diferenciación desde el plano pragmático. Así, por ejemplo, el concepto jurídico de demencia no es exactamente igual al concepto de locura, pero tampoco está completamente desligado de este; el concepto jurídico de causalidad no es exactamente el mismo que el concepto ordinario de causa, pero no está completamente desvinculado de él; y, de igual forma, el concepto jurídico de máximas de la experiencia no es exactamente igual al concepto de generalización, pero tampoco está totalmente desvinculado de él.

En efecto, desde que las máximas de la experiencia tienen una dimensión que podría llamarse epistemológica-cultural y otra que podría denominarse lingüístico-interpretativa, fluye que su fiabilidad, fuerza y base empírica es variada, contextual y que no cubre en plenitud la diversidad de generalizaciones empíricas existentes. De hecho, los científicos investigan fenómenos y utilizan generalizaciones que, además de ser gran parte de ellas desconocidas por la colectividad, son en muchas ocasiones desconcertantes e inexplicables incluso para los mismos científicos. Piénsese, en el modelo de Francis Crick y James Watson, quienes, a partir de ciertas generalizaciones obtenidas del estudio del virus del mosaico del tabaco y de fotografías logradas mediante la difracción de rayos X, identificaron en el año 1953 la estructura de la doble hélice del ADN solo utilizando una regla y una plomada. En tal sentido ¿podríamos homologar el tratamiento generalizador que tales científicos realizaron a lo que denominamos máximas de la experiencia? ¿Se debe acaso su descubrimiento a generalizaciones que derivan del *id quod plerumque accidit*? La respuesta a estas interrogantes obviamente es negativa. Ello, pues, por más que asumamos que toda empresa científica recurre a representaciones

prototípicas en aras de sistematizar su campo de acción, las generalizaciones empíricas de las cuales se sirve no siempre son coincidentes con el conjunto de asertos comunes y públicos que se exigen como máximas de la experiencia.

A mayor abundamiento, como las generalizaciones asociadas a los conocimientos científicos y a las máximas de la experiencia no se encuentran institucionalizadas, se asume erróneamente que todas las generalizaciones científico-expertas debiesen reunir elementos comunes y compartidos cual si tratará de máximas de la experiencia. Pero como el magistrado Blackmun escribió en el famoso caso *Daubert*: «hay diferencias importantes entre la búsqueda de la verdad en tribunales y la búsqueda de la verdad en el laboratorio»[44]. Ello, pues, reconociendo que ninguna empresa científica es infalible ni sagrada, no todas las generalizaciones científico-expertas se basan en experiencias comunes y compartidas, ni menos aún en la observación de lo que comúnmente acontece desde un punto de vista socio-cultural. En ellas, por cierto, existen espacios comunes de convergencia y acuerdo, pero también escenarios de disparidad, complejidad y perplejidad, motivados, entre otros factores, por la ayuda *extra* de ciertos insumos tecnológicos que coadyuvan a innovar y descubrir nuevos puentes conectivos entre lo conocido y lo desconocido. De este modo, si bien la calidad y fuerza de las generalizaciones empíricas *puede* ser un asunto epistémico, no es menos cierto que trazar la frontera entre las máximas de la experiencia y otras especies de generalización empírica contribuye a depurar y delimitar los diversos aspectos que las circundan.

Sin perjuicio de ello, todavía es más serio el último de los problemas que podría afectar a la comprensión de las máximas de la experiencia como especie de generalización empírica: esto es, que al identificar a las máximas de la experiencia como generalizaciones empíricas se podría confundir la relación que se da entre las relaciones causales y las generalizaciones empíricas en virtud de las cuales aceptamos que ciertas relaciones causales existen. Por ende, al alero de tal distinción, las máximas de la experiencia reflejarían un tipo de relación nómica y universal entre *factum probans* y *factum probandum*, siendo la justificación de tales vínculos casuales una remisión a la observación reiterada de eventos probables y derrotables. Pues bien, a pesar que el análisis exhaustivo de los tipos de conectivos sobre hechos es una tarea compleja, para despejar tales incertidumbres creemos que es necesario efectuar una serie de precisiones de importancia. En primer término, dada la pluralidad de enunciados fácticos relevantes para la prueba, las relaciones que se pueden establecer sobre los hechos pueden ser de diversa índole: de orden causal, consecuencial, temporal, espacial, etc[45]. No obstante ello, si bien se podría seguir indagando sobre los tipos de conectivos existentes en las relaciones factuales, basta con señalar que tales nexos son preferentemente de orden causal. En segundo lugar, por las características propias de todo proceso judicial, las relaciones causales en este ámbito, al igual que cualquier otro enunciado factual, sólo

44. Daubert v. Merrell Dow Pharm., Inc., (1993). 509 U.S. 579, 597.
45. Así: González, 2005: 116.

pueden ser confirmadas con un grado de probabilidad y no de certeza. Ello, principalmente, debido no solo a límites cognitivos derivados de todo el proceso, sino que también a límites institucionales (contra-epistémicos) que restringen la búsqueda de la verdad a toda costa. Y, en tercer lugar, porque nuestra propia *racionalidad limitada*, que nos lleva casi siempre a tomar decisiones en contextos de incertidumbre, nos constriñe a recurrir ciertas regularidades fenoménicas a efectos de explicar relaciones diádicas entre eventos solo de forma aproximada y tendencial.

Sobre esta base, si bien en ocasiones necesitamos una explicación causal anclada en una causalidad universal y en condiciones de suficiencia nómica, no es menos cierto que la mayoría de las veces «empleamos generalizaciones causales, que enumeran solo algunas, no todas, las condiciones antecedentes abstractas que se encontrarían en las leyes causales completamente especificadas»[46]. Ello, pues, incluso si en el caso particular testeamos todas y cada una de las condiciones de aplicación de una generalización empírica, no podríamos asegurar ni categórica ni concluyentemente de que alguna de sus condiciones fue fruto del resultado real y concreto verificado. Así, por ejemplo, frente a un diagnóstico de cáncer al pulmón, no podríamos afirmar categóricamente que el fumador contrajo dicha enfermedad a causa de su tabaquismo, puesto que el cáncer al pulmón tiene distintos factores de riesgo asociados a su padecimiento concreto. Esto muestra no sólo que la mayoría de las implicaciones causales son *infraincluyentes*, sino que también que requieren de circunstancias pragmáticas que nutran con mayor información y comprensión el enlace en cuestión[47]. Por tanto, dado que el contexto fáctico en que operamos se encuentra parcialmente indeterminado, necesitamos regularidades fenoménicas que cristalicen relaciones de asociación y contexto el resultado de percibir diversos sucesos.

Empero, cualquiera que sea el tipo de relación causal que observemos, pensamos que una adecuada articulación del tema en comento debiese considerar dos aspectos fundamentales: por un lado, que el eje relacional de toda inferencia probatoria no sólo está constituido por generalizaciones manifestadas a través de leyes científicas y frecuencias estadísticas, sino también –y preferentemente– por generalizaciones empíricas expresadas como máximas de la experiencia; y, por otro lado, que el *plus* diferenciador de éstas últimas radica en una relación de tipo implicativo y probable que se materializa como un condicional de naturaleza epistemológica: esto es, que su fuerza y confiabilidad depende del contenido cognitivo y de la forma como el *id quod plerumque accidit* contextualmente se exprese. De esta forma, aún cuando asumamos que todo tipo de inferencia probatoria necesita de un nexo relacional, creemos que constituye un error pensar que todas ellas obedecen a un mismo tipo de vínculo implicativo. Ello, no sólo porque la mayoría de las inferencias presentes en este ámbito poseen una diversa estructura lógica, sino que también porque el nexo relacional de las mismas puede variar

46. Wright, 1988: 1045.
47. Asociando dicha meta-propiedad a la llamada *relevancia causal*: Ludwig, 1994: 336; Jacquette, 2012: 3; Muffato, 2014: 68-71.

dependiendo del tipo de enunciado fáctico que se trata de probar. Por tanto, incluso si concibiésemos que la forma lógica de una máxima de la experiencia es de naturaleza inductiva (cuestión que descartamos, como veremos más adelante), el respaldo externo en la cual aquélla se apoya es esencialmente epistémico, puesto que, además de ofrecer información sobre lo que normalmente sucede, suministra criterios de coherencia y de aceptabilidad del contexto espacio-temporal en que se adopta la decisión.

IV. LAS MÁXIMAS DE LA EXPERIENCIA Y SUS IMPLICANCIAS ARGUMENTATIVAS EN SEDE JURISDICCIONAL

Como lo hizo ver don Andrés Bello en 1836:

> el hombre por su naturaleza racional debe dirijir todas sus acciones por las reglas de la sana razón; i por su naturaleza social, debe dar a los demás de la sociedad un testimonio del arreglo de la razón que dirije esas mismas acciones […] ¿Por qué, pues, en el acto más solemne i sagrado, cual es el pronunciamiento judicial, no se ha de exijir del juez esa razón, i ha de constituírsele en la clase de un oráculo, queriendo dar a su solo dicho tal vez mas fuerza que a las mismas leyes? (Bello, 1885:152-153).

Con estas acertadas y prolijas palabras, inspirado por las vicisitudes de su tiempo y por un comprensible horror a la arbitrariedad, este nobel jurista hispanoamericano enfatizaba lo que hoy podríamos denominar como uno de los ejes esenciales de la jurisdicción. Y es que al margen de la concepción normativa a la cual se adscriba, nadie mínimamente informado podría desconocer que uno de los eslabones de la función jurisdiccional contemporánea radica en la necesidad de que los jueces motiven sus resoluciones judiciales[48]. Ello, no sólo porque el orden jurídico no constituye en caso alguno un sistema autosuficiente de soluciones jurídicas, sino porque el lenguaje y contexto en el cual tales soluciones se expresan requiere casi siempre de una justificación extra, vale decir, de presupuestos y argumentos adicionales a objeto de dotar de legitimidad y sistematicidad la decisión adoptada. De hecho, a la conocida vaguedad y ambigüedad propias del sistema, se agregan un sinfín de problemas de interpretación, relevancia, prueba y calificación, que hacen que todo juez necesite por fuerza justificar sus resoluciones judiciales. No porque se niegue la legitimidad autoritativa de dicho órgano del Estado, sino porque la motivación constituye en democracia el signo más importante y representativo de la racionalización del ejercicio de dicho poder del Estado[49]. De allí que, desde una faz pragmática y comunicativa, la jurisdicción suponga siempre un dispositivo formal e institucional expresivo de argumentos razonados y, como tal, asuma una carga de racionalidad quizás no soportada por ninguna otra forma de orden social[50].

48. Sobre la importancia del deber de motivación en materia factual: Ferrer, 2021: 171-201; Canale y Tuzet, 2019: 3 y ss; Carlizzi, 2018: 42 y ss; Taruffo, 2011:115 y ss.
49. Así: Calamandrei, 2019: 664.
50. En argumento: Fuller, 1978: 366.

Por un lado, porque las partes y demás sujetos que intervienen en el proceso exigen que sus planteamientos sean analizados y ponderados de acuerdo con la razón y la juridicidad vigente. Por otro lado, porque las sociedades democráticas reclaman también que el ejercicio de la *iurisdictio* no sea nunca un escudo o pretexto para avalar decisiones arbitrarias y carentes de fundamento racional. Se exige de la función adjudicativa, por tanto, no sólo una firme adhesión a las normas jurídicas básicas del sistema, sino que también un respaldo justificante acerca del por qué de las decisiones que adopta.

De esta forma, frente a la importancia del deber de motivación y, en el caso que nos ocupa, de la justificación de las máximas de la experiencia, cabe preguntarnos cuáles deberían ser las razones y argumentos potencialmente aptos para respaldar los diversos criterios necesarios para su establecimiento. Ello, pues, como lo hemos mencionado, muchos estereotipos y generalizaciones espurias pueden traducirse fácilmente en máximas de la experiencia y, por esta razón, pueden expresar conocimientos sesgados, subjetivos y hasta discriminatorios. No por nada, a pesar de su carácter esencialmente proposicional, el siempre amplio y variable campo de acción de las máximas de la experiencia, que va desde el ámbito abierto de lo individual hasta la multiforme representación de lo social, hace que éstas necesiten siempre de un respaldo justificativo riguroso para determinar si pueden o no utilizarse como reglas de valoración probatoria. Pensar lo contrario, esto es, negar la necesidad de motivar las máximas de la experiencia, sería tanto como plantear una libertad probatoria sin frenos ni contrapesos o, lo que es peor aún, tolerar en la valoración de la prueba consideraciones personales, subjetivas e intuitivas, es decir, en la arbitrariedad que es incapaz de controlar y corregir cualquier instancia judicial, porque está desprovista del más mínimo sustento racional.

Con lo dicho, empero, se debe recalcar que el examen justificativo de las máximas de la experiencia no puede reducirse a un intento puramente lógico por tratar de avalar las generalizaciones que le sirven de sustento. Ello, pues, además de relegar el estudio de la motivación a lo puramente formal, desconocería que tal deber supone también una operación material o de contenido. De hecho, desde que Wróblewski pusiera de relieve la diferencia entre justificación interna y justificación externa[51], constituye un auténtico lugar común el distinguir entre la corrección formal y la corrección material del razonamiento decisorio. Así, mientras la justificación interna o formal trata de ver si la decisión se sigue lógicamente de las premisas que se aducen como fundamentación, la justificación externa o material trata de examinar cómo se pueden fundamentar tales premisas. De allí, entonces, siempre que se asuma a la motivación como una tarea de tipo exclusivamente lógico, en ausencia del razonamiento material o de contenido, se corre un riesgo evidente, pues, por un lado, a partir de premisas falsas es posible argumentar lógicamente de manera correcta y, por otro lado, a partir de premisas verdaderas –o altamente plausibles– es posible argumentar erróneamente desde el punto de vista lógico. De esta forma, si bien la lógica formal juega un rol insustituible en la

51. Wróblewski, 1971: 412.

racionalidad de las resoluciones judiciales, se debe enfatizar que aquélla supone siempre condición necesaria, aunque no suficiente[52], para la adecuada justificación jurisdiccional de que se trata.

Sin perjuicio de ello, la simplificación excesiva y muchas veces lacónica sobre el rol de la lógica en la motivación y, en particular, sobre los aspectos atingentes a las máximas de la experiencia, dista mucho de ser una tarea que se contente solo con enarbolar la anterior distinción. De hecho, desde un punto de vista histórico, es sabido que cuando Stein formuló el concepto de máxima de la experiencia lo hizo bajo una concepción silogística del juicio de hecho, la cual, además de sustentar una rudimentaria teoría acerca del conocimiento factual, permitía creer que el juez podía encontrar predeterminados todos los elementos de su razonamiento en la ley, vale decir, la premisa mayor y la premisa menor del silogismo, que culminaba con una conclusión como mera consecuencia lógica. De allí, entonces, que se haya sostenido que las máximas de la experiencia suponían la premisa mayor de tal subsunción, puesto que aquéllas no sólo dotaban a la norma jurídica de mayor elasticidad y dinamismo, sino que también permitían demostrar la necesidad o veracidad de su estructura a la logicidad de la conclusión[53]. De esta forma, como una forma de garantizar la validez del razonamiento factual, las máximas de la experiencia representarían elementos esenciales de la norma jurídica misma, permitiendo, de este modo, transformar y dirigir el *id quod plerumque accidit* hacia un *id quod semper necesse*[54].

Sin embargo, resulta inexacto creer que la sola subsunción pueda servir de base para asegurar la validez lógica de las máximas de la experiencia. De hecho, representada en abstracto, sabido es que la lógica deductiva permite fundar una consecuencia si y sólo si ésta es reflexiva, monótona y valida el principio de corte[55]. De allí, entonces, que no sólo las premisas y la conclusión se hallen estrictamente vinculadas de modo tal que resulte imposible que las premisas sean verdaderas y la conclusión sea falsa, sino que también que la agregación de nueva información a las premisas no permita alterar en lo más mínimo la conclusión de que se trata. Incluso es más, se dice que los

52. Así: Atienza, 2017: 16.
53. En esta hipótesis, a juicio de Carnelutti, las máximas de la experiencia se convertirían entonces «en la [parte de la] norma jurídica misma; media entonces una subsunción de la regla de la experiencia en la norma jurídica, aconsejada, como es natural, por motivos políticos, sobre todo por el intento de conferir a la norma mayor elasticidad; en este caso, está plenamente justificada la tendencia a la asimilación de la regla de experiencia por la regla jurídica, que domina la literatura alemana e impulsa a colocarla junto a ésta entre las premisas mayores de la sentencia». Carnelutti, 2018: 97. En contra: Roxin y Schünemann, 2019: 665. ordialmente, s que enfermedad. vil sentencia. la junto a sticidad, cho probatorio:es saluda cordialmente, s que enfermedad.
54. En este sentido, según Cappelletti, transformar las máximas de la experiencia en reglas de Derecho no sólo resultaría contrario al orden normal de las cosas, sino que también implicaría «entumecer ese orden y transformar en absoluto lo que por su naturaleza no es más que relativo, porque corresponde o puede corresponder al *id quid plerumque accidit* [aquello que sucede las más de las veces], pero no al *id quod semper necesse* [aquello que siempre es de necesidad]». Cappelletti, 2002: 170.
55. Así: Alchourrón, 2013: 42.

argumentos deductivos son explicativos o no amplificadores precisamente porque no contienen nada en la conclusión que no estuviera ya contenido en las premisas. De esta forma, considerando que las máximas de la experiencia permiten determinar hipótesis sólo probables, mal podría la lógica deductiva avalar tales máximas cuando éstas no se encuentran ni implicadas por las premisas, ni menos aún por la clásica forma silogística del *modus ponens*.

A mayor abundamiento, un silogismo con una máxima de experiencia como premisa mayor no es más que una argumentación abductiva en cuya premisa mayor antecedente y consecuente se han invertido[56]. Y, desde un punto de vista formal, si se quisiera pasar de la confirmación de las hipótesis a *su verdad*, ello supondría incurrir en la llamada falacia de la afirmación del consecuente[57]. Esta falacia, como lo explica Aristóteles, surge «por creer que la consecuencia es reversible»[58], vale decir, «cuando, al existir esto, necesariamente existe aquello, también –creen algunos–, al existir lo segundo, existirá necesariamente lo primero»[59]. Dicho en otros términos, sería como sí, de la implicación si A entonces B, combinado con B (que es el consecuente, correspondiente a las observaciones confirmadas), se pasara a la afirmación de la verdad de A (el antecedente que contiene las hipótesis y las condiciones iniciales). Así, por ejemplo, de la verdad del enunciado «si está nevando entonces (necesariamente) hace frío», combinada con la verdad del consecuente «hace frío» (B), obviamente no podemos deducir que *necesariamente* «está nevando» (A)[60]. Y ello, principalmente, porque aun cuando ambas premisas sean verdaderas, la conclusión podría ser falsa, puesto que no siempre que hace frío está nevando.

Por consiguiente, de la constatación que el conocimiento judicial opera en condiciones de incertidumbre y de información incompleta, resulta claro que las máximas de la experiencia no pueden responder a una lógica clásica de corte deductivo. Esto pues, no se trata de proposiciones absolutas ni incontrovertibles, sino de enunciados fundados en patrones generales, hipotéticos y no monotónicos, razón por la cual son susceptibles de derrotabilidad mediante el aumento de información que modifique sus fundamentos[61]. Incluso es más, si hay algo que caracteriza a las máximas de la experiencia es que éstas se adoptan para explicar y dar sentido de normalidad a los enunciados que se presentan como objeto del pleito, convirtiéndolos en una suerte de lente a través del cual los

56. Sobre esto: Gianformaggio, 1990: 426. Antes: Anderson, 1987: 34. Identificando a la abducción como una especie de inducción: Bordes, 2011: 49.
57. Así: Dorato, 2015: 197.
58. Aristóteles, 1982, 167b: 319.
59. Aristóteles,1982, 167b: 319. En un sentido similar: Hamblin, 2016: 42-43.
60. En argumento: Dorato, 2015: 197. En sentido idéntico, Tuzet, 2016: 128.
61. Como observan Ferrer y Ratti, el concepto de *derrotabilidad* se conoce desde tiempos de Aristóteles, pues, «in the practical matters of everyday life, we rely upon generalizations that hold only "for the most part", under normal circumstances, and the application of such common sense generalizations involves merely dialectical reasoning, reasoning that is defeasible and falls short of deductive validity». Ferrer y Ratti, 2012: 12.

litigantes y el juez miran la realidad en su sentido pragmático y contextual. De allí que, por su propia fisonomía, las máximas de la experiencia no se manifiesten nunca como una *sub specie aeternitatis*, sino más bien como condicionales derrotables que expresan propiedades típicas o normales de lo que habitualmente acontece y que admiten en ese sentido excepciones. Es por esto que la lógica de las máximas de la experiencia no es la de un razonamiento demostrativo ni mucho menos concluyente, sino todo lo contrario: la de un nexo relacional que modela los diversos criterios explicativos para una evidencia dada, dependiendo de cómo y bajo qué condiciones se presenta en su sentido empírico y contextual el hecho a probar.

El punto, sin embargo, es que más allá de tal idea matriz, en dichas máximas pueden converger datos que ostentan una regularidad empírica más o menos precisa, pero también datos con una connotación valorativa cuya intensidad puede ser inversamente proporcional a su plausibilidad. No en vano, a juicio de Cohen, las principales generalizaciones que se usan en el ámbito procesal –dentro de las cuales se encuentran las máximas de la experiencia– son en su mayoría fruto de una génesis no bien definida y bastante difusa a nivel social: «se aprenden de experiencias compartidas, o se enseñan con proverbios, mitos, leyendas, historia, literatura, teatro, consejos de los padres y los medios de comunicación»[62]. De allí que el problema justificativo de las máximas de la experiencia no sea puramente lógico, sino que también –y preferentemente– de naturaleza *epistémica*, toda vez que tales máximas requieren de una justificación material que las dote de razones verosímiles acerca de su fundamento, finalidad y fuerza. Luego, para tales propósitos, no se requiere estudiar minuciosamente una serie de estadísticas cuantitativas que respalden la generalización de que se trata, ni tampoco se necesita acudir algún tipo de algoritmo sofisticado para calcular las probabilidades de las frecuencias que le sirven de base. Muy por el contrario, se trata más bien de efectuar una evaluación probabilística de corte inductivo (o baconiano) identificando la máxima de experiencia en su sentido general y abstracto, para luego analizar si su adaptabilidad y aplicabilidad al caso concreto resulta o no posible. Para ello, por un lado, se deberán identificar las generalizaciones eventualmente concurrentes en su simplicidad, coherencia y compatibilidad con otras hipótesis ya contrastadas, pero también, por otro, se deberán identificar si existen o no excepciones que hagan explícita la no conveniencia de aplicar la máxima de que se trata. En suma, este ir y venir de la mirada –que nos recuerda el ideal adaptativo del que hablaba Engisch[63]– implica someter a las máximas de la experiencia a una especie de test de coherencia entre lo que consideramos como generalizaciones empíricas idóneas y no espurias, los datos disponibles y evidencia rendida en juicio, así como las mejores hipótesis que podamos estructurar para articular y justificar los contornos de las máximas aplicables al caso concreto.

62. Cohen, 1977: 275.
63. Engisch, 1963: 15.

Con todo, no se puede confundir el *iter* a través del cual las máximas de la experiencia pueden encontrar justificación, de lo que por otro lado son los criterios de corrección y respaldo necesarios para justificar precisamente la máxima de que se trata. Ello, pues, a pesar que la noción máxima de la experiencia es una idea con contornos amplios, una vez que se materializa y concretiza en juicio reclama de una individualización que permita saber cuáles son los criterios de racionalidad y de objetividad, de confiabilidad y de aceptabilidad, que favorecerán su concreto control justificante: por un lado, porque de esta forma el juez deberá hacer explícito lo que habitualmente permanece en el ámbito de lo implícito y, por otro lado, porque también por esta vía se ofrecerán estándares intersubjetivamente aceptables de las máximas que sirven de base a la prueba y su acertada valoración. De allí, entonces, considerando que la fuerza probatoria de una inferencia depende en gran medida de la fuerza expresada por sus generalizaciones, a nuestro juicio se requieran de a lo menos tres criterios esenciales para evaluar la justificación externa de una máxima de la experiencia:

a) En primer lugar, se necesita de la exposición razonada y contrastada de la base empírica y cognoscitiva que sirve de base a la máxima, la cual, como lo hemos analizado, al ser una especie de generalización empírica, debiese excluir generalizaciones espurias, difusas y que presenten un cuestionable carácter de habitualidad y ocurrencia[64];
b) En segundo lugar, como condición de consistencia, se necesita que la máxima de que se trata aparezca contextualmente apta e idónea a la luz del objeto del litigio y del conocimiento disponible en juicio, lo cual, en los hechos, exige contar con una generalización empírica internamente consistente con los hechos controvertidos, altamente plausible y que represente una hipótesis explicativa capaz de avalar la vinculación entre el *factum probans* y el *factum probandum*; y,
c) En tercer lugar, considerando que en general están sujetas a una constelación de excepciones, se requiere que la máxima de la experiencia aparezca despojada de cualquier circunstancia de derrotabilidad que ponga en entredicho tanto el mérito de su base empírica como el fundamento de su contexto aplicativo. Vale decir, a partir de las pruebas disponibles, se requiere que no se verifiquen contraargumentos críticos referidos a la aceptabilidad y confiabilidad de la máxima en la que la inferencia se apoya.

De esta forma, a pesar que pueden existir varios otros requisitos a los cuales someter las máximas de la experiencia[65], lo importante es comprender que cuanto menor sea el

64. Por ello, como bien expone Taruffo: «non bisogna attribuire alla massima d'esperienza un valore conoscitivo superiore a quello del fondamento che la massima ha sulla base delle generalizzazioni che in essa si esprimono». Taruffo, 2020: 260. En sentido idéntico: Ubertis, 2015: 87.
65. Así, por ejemplo, a juicio de algunos autores, para evaluar la plausibilidad y validez de una generalización se necesitaría de una suerte de protocolo que dé cuenta de preguntas tales como: ¿Es mencionada

sustento empírico, contextual y confirmatorio expresado por la máxima, menor será también el respaldo justificante externo de la misma que le sirva de sustento[66]. Si esto es así, junto con asegurar la validez y plausibilidad material de la máxima invocada, se podrán, del mismo modo, rechazar todos aquellos argumentos retóricos donde se evidencie algún tipo de equivocidad, como cuando a partir de una serie insuficiente de casos que son similares, se establece erradamente una conclusión universal para todos los casos[67].

V. CONCLUSIONES

A través de las anteriores páginas hemos podido analizar los aspectos fundamentales y más relevantes de las máximas de la experiencia, sintetizando, de esta forma, los objetivos principales de nuestra indagación: por un lado, cuáles deberían ser las condiciones mínimas concurrentes en su determinación conceptual y, por otro lado, cómo y de qué forma éstas podrían ser justificadas en sede jurisdiccional. Pues bien, al alero de dichos objetivos, podemos resumidamente concluir lo siguiente:

a) Que, en lo referente al origen histórico asociado al uso de la experiencia en el razonamiento probatorio, no es posible atribuir su gestación ni su desarrollo al jurista alemán Friedrich Stein. Ello, por cuanto, el uso de la experiencia era ya bastante conocido entre tratadistas y comentaristas medievales, quienes, desde un plano argumentativo y heurístico, insistían en el uso de ciertas proposiciones generales y manifiestas como una forma de adaptar la lógica judicial a la realidad.
b) Que, sin perjuicio de ello, el concepto de máxima de la experiencia logró fama y reconocimiento gracias a Stein, quien, desde una óptica formal y mecanicista, labró una noción arquetípica de tales máximas persiguiendo con ello dos objetivos primordiales: primero, delimitar una serie de conocimientos de contenido general distintos a la ciencia privada del juez; y, segundo, permitir

expresa o implícitamente la generalización de que se trata? ¿es ambigua? ¿con qué frecuencia se expresa (usualmente, a menudo, algunas veces)? ¿es una generalización empírica? ¿cuál es su base o soporte empírico? ¿da cuenta de aspectos emocionales y nociones valorativas? ¿se encuentra razonablemente controvertida por otra generalización que apunta en una dirección opuesta? Sobre esto, con mayor detenimiento: Anderson, Schum y Twining, 2005: 279-280.

66. Proponiendo un sistema de esquemas argumentativos para atacar las generalizaciones empíricas: Bex et al., 2004: 141 y ss.

67. Ello daría lugar, por lo demás, a la llamada falacia *secundum quid*, la cual surge cuando se toma una determinada regla como universal y absoluta, negando cualquier tipo de excepción e, incluso, ignorando que bajo ciertas circunstancias la regla de que se trata puede hacerse inaplicable. Con esta falacia, por ende, no se reconoce la diferencia entre las reglas generales (generalizaciones que dejan espacio para excepciones) y proposiciones categóricas (reglas que son asumidas como verdaderas universales). Sobre esto, analizando dicha falacia como un caso de generalización apresurada: Walton, 2005: 39. En sentido similar, aunque no idéntico: Hamblin, 2016: 35-37.

a los tribunales de casación un control recursivo sobre la legitimidad de la *quaestio facti*.

c) Que, la noción y finalidades antes propuestas, si bien permitieron poner en el tapete una propiedad insoslayable del razonamiento probatorio, dejan entrever no solo una serie de inconsistencias lingüísticas y gramaticales, sino que también una serie de obstáculos epistémicos que favorecen su inapropiado uso y justificación. De allí que diversos autores insistan en señalar que, por su amplitud e indeterminación conceptual, en el seno de la noción máxima de la experiencia se incluyan un número no menor de leyes de pensamiento, conocimientos científicos, razonamientos de sentido común, pero también prejuicios, sesgos e incluso discriminaciones carentes de todo fundamento empírico y cognoscitivo.

d) Que, por tal motivo, asumimos que la mejor manera de enfrentar tal dilema es comprender que el eje relacional de toda inferencia probatoria está constituido por generalizaciones, las cuales, cuando adoptan la fisonomía de máximas de la experiencia, no pueden ser confundidas con leyes científicas, tendencias probabilísticas o reglas de ponderación positivadas, puesto que el *plus* diferenciador de tales máximas se plasma a partir de una multiplicidad de eventos generales, habituales y recurrentes, los cuales, en cuanto reflejo de una episteme común, pueden ser utilizados por el juez siempre que no den lugar a simples conjeturas, criterios meramente potestativos, ni sean contrarios con conocimientos reconocidos como habituales en el momento y lugar del juicio.

e) Que, sin embargo, reconociendo el deber de motivación de las resoluciones judiciales como uno de los ejes centrales del Estado de Derecho, enfatizamos la necesidad de racionalizar el uso de las máximas de la experiencia por medio de una adecuada justificación, asumiendo, de este modo, que las proposiciones inferidas de la experiencia común deben sustentarse en razones y no en suposiciones. De este modo, reconociendo la lógica derrotable de tales máximas, aseveramos que sólo explicitando, contrastando y justificando ciertos criterios de corrección externa y, por tanto, determinando su grado de apoyo probabilístico lógico, es posible predicar a su respecto una aceptabilidad y confiabilidad razonable en la valoración de la prueba.

f) Que, por fin, a riesgo de que tales criterios de corrección sean tildados de heterogéneos y, en cierto sentido, de favorecer un particularismo jurídico exacerbado, pensamos que en el análisis y comprensión de esta materia no se puede perder de vista lo manifestado por la profesora norteamericana, Margaret Little:

> «el hecho de que el alcance de una generalización no pueda ser capturado en términos finitos, no significa que no podamos invocarla con éxito, principalmente porque podemos compartir cosas, como entendimientos, conceptos y prácticas, que superan a los conjuntos finitos de proposiciones» (Little, 2000: 301).

De esta forma, para determinar qué máximas son epistémicamente relevantes para cada caso, para saber cuándo dichas máximas resultan o no plausibles al hecho enjuiciado, o bien para precisar cuándo un conjunto de sucesos de normal ocurrencia resultan relevantes para la valoración de la decisión factual, la motivación se nos presente como un recurso prácticamente ineludible para leer al mundo y sus circunstancias a través de los ojos de la razón y de la argumentación.

BIBLIOGRAFÍA

Abbagnano, N., (1971). *Dizionario di filosofia*. Torino: UTET.

Abelardus, P., (1969). «Logica Ingredientibus: Super Topica Glossae», en M. Dal Pra (ed.), *Scritti di logica*. Firenze: La Nuova Italia Editrice.

Alchourron, C., (2013). «Concepciones de la lógica», en C. Alchourrón, J. Méndez y R. Orayen (eds.), *Lógica. Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*, vol. 7. Madrid: Trotta, 11-48.

Allen, R.J. et al., (2016). *An analytical approach to evidence: text, problems, and cases*. New York: Wolters Kluwer.

Anderson, D. R., (1987). *Creativity and the philosophy of C.S. Peirce*. Dordrecht: Springer.

Anderson, T., (1999). «On generalizations I: A preliminary exploration», *South Texas Law Review,* 40, 455-481.

Anderson, T. Schum, D. y Twining, W., (2005). *Analysis of evidence*. Cambridge: Cambridge University Press.

Arena, F. J., (2016). «Los estereotipos normativos en la decisión judicial. Una exploración conceptual», *Revista de Derecho (Valdivia)*, 29 (1), 51-71. http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502016000100003

Aristóteles., (1982). *Tratados de lógica (Órganon): Categorías, Tópicos, Sobre las Refutaciones Sofisticas*, t. I. Madrid: Gredos.

Atienza, M., (2017). «Algunas tesis sobre el razonamiento judicial», en J. Aguiló y P. Grández (eds.), *Sobre el razonamiento judicial. Una discusión con Manuel Atienza*. Lima: Palestra, 11-42.

Bacon, R., (1897). «Opus Maius», en J. H. Bridges (ed.), *The Opus Majus of Roger Bacon*, vol. II. Oxford: Clarendon Press.

Beccaria, C., (1858). *Dei delitti e delle pene*. Milano: Francesco Sanvito editore.

Bello, A., (1885). «Administración de justicia: examen del proyecto presentado al Consejo de Estado por don Mariano Egaña», en *Obras completas de don Andrés Bello*: *Opúsculos jurídicos*, t. IX. Santiago de Chile: Impreso por Pedro G. Ramírez, 89-172.

Benfeld, J., (2021). «De la prueba de los hechos a la verificación del supuesto normativo. Hechos institucionales y sana crítica», *Revista Chilena de Derecho,* 48 (2), 125-147. DOI: 10.7764/R.482.6

Bernstein, D.M. y Loftus, E., (2009). «How to Tell if a Particular Memory Is True or False», *Perspectives on Psychological Science*, 4 (4), 370-374. https://doi.org/10.1111/j.1745-6924.2009.01140.x

Bex, F., (2021). «Argumentation and evidence», en C. Dahlman, A. Stein y G. Tuzet., (eds.), *Philosophical foundations of evidence law* (Oxford, Oxford University Press), 183-199.

Bex, F. et al., (2004). «Towards a formal account of reasoning about evidence: Argumentation schemes and generalizations», *Artificial Intelligence and Law*, 11 (2-3), 125-165. DOI: 10.1023/b:arti.0000046007.11806.9a

Boethius, S., (1887). «In topica Ciceronis commentariorum libri sex», en J. P. Migne (ed.), *Patrologia cursus completus. Series Latina*, t. XLIV, lib. I. Paris: s/e.

Bordes, M., (2011). *Las trampas de circe: falacias lógicas y argumentación informal.* Madrid: Cátedra.

Calamandrei, P., (2019). «La crisi della motivazione», en P. Calamandrei, *Opere Giuridiche, I: problemi generali del diritto e del proceso*. Roma: Roma Tre-Press, 664-677.

Canale, D. y Tuzet G., (2019). *La giustificazione della decisione giudiziale*. Torino: Giappichelli.

Cappelletti, M., (2002). *El testimonio de la parte en el sistema de la oralidad. Contribución a la teoría de la utilización probatoria del saber de las partes en el proceso civil*, vol. I. La plata/ Buenos Aires: Librería editora Platense.

Cappelletti, M., (2006). *El proceso civil en el Derecho comparado*. Lima: Ara editores.

Carlizzi, G., (2018) *Libero convincimento e ragionevole dubbio nel processo penale. Storia, prassi, teoria*. Bologna: Bonomo editore.

Carnelutti, F., (2018). *La prueba civil*. Buenos Aires: Ara editores– Ediciones Olejnik.

Cohen, J. L., (1977). *The probable and the provable*. Oxford: Oxford University Press.

Coloma, R. y Agüero, C., (2014). «Lógica, ciencia y experiencia en la valoración de la prueba», *Revista Chilena de Derecho*, 41 (2), 673-703. http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372014000200011

Dahlman, C., (2017). «Unacceptable generalizations in arguments on legal evidence», *Argumentation*, 31, 83-99. DOI: 10.1007/s10503-016-9399-1

Dei Vecchi, D., (2020) «Prueba libre, justificación epistémica y el noble sueño de los estándares de prueba», *Revista de Derecho (Valdivia)*, 33 (2), 25-48. http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502020000200025

Dorato, M., (2015). *Cosa c'entra l'anima con gli atomi? Introduzione alla filosofia della scienza*. Roma– Bari: Laterza.

Duarenus, F., (1765). *Opera Omnia diligenter amendata & aucta opportunis notis*, t. I. Lucae: Typis J. Rocchii.

Dwyer, D., (2008). *The judicial assessment of expert evidence*. Cambridge: Cambridge University Press.

Engisch, K., (1963). *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*. Heidelberg: Verlag Winter.

Ferrer, J., (2021). *Prueba sin convicción. Estandares de prueba y debido proceso*. Madrid: Marcial Pons.

Ferrer, J. y Ratti, G. B., (2012). «Defeasibility and legality: a survey», en J. Ferrer y G.B Ratti (eds.), *The logic of legal requirements. Essays on defeasibility*. Oxford: Oxford University Press, 11-38. DOI:10.1093/acprof:oso/9780199661640.003.0002

Fuller, L., (1978). «The forms and limits of adjudication», *Harvard Law Review*, 92 (2), 353-409.

Gama, R., (2019). *Las presunciones en el Derecho. Entre la perplejidad y la fascinación de los juristas*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Garofoli, V., (2008). *Diritto processuale penale*. Milano: Giuffrè.

Garzón, E., (2008). «30 minutos de filosofía del Derecho. Nuevos y viejos problemas», *Isonomía: Revista de Teoría y filosofía del Derecho*, 31, 7-25. https://doi.org/10.14198/DOXA2007.30.32

Gianformaggio, L., (1990). «Legal certainty, coherence and consensus: variations on a theme by Maccormick», en P. Nerhot (ed.), *Law, interpretation and reality: essays in epistemology, hermeneutics and jurisprudence.* Dordrecht/Boston: Springer.

Goldstein, E. B., (2014). *Cognitive psychology: connecting mind, research and everyday experience*. Stamford: Wadsworth Publishing.

González, D., (2013). *Quaestio facti: ensayos sobre prueba, casualidad y acción*. México D.F: Fontamara.

Guzmán, A., (1997). *Derecho Privado Romano*, t. I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Haack, S., (2021). «El largo brazo del sentido común. En lugar de una teoría del método científico», en C. Vásquez (coord.), *Ciencia y justicia. El conocimiento experto en la Suprema Corte de Justicia de la Nación.* México D.F: SCJN, 1-51.

Hamblin, C. L., (2016). *Falacias*. Lima: Palestra.

Hempel, C. G., (1970). *Scientific explanation: essays in the philosophy of science.* New York: The Free Press.

Jacquette, D., (2012). «Causal Relevance and Relevant Causation», *Journal of Logic and Computation Advance Access*, 22 (1), 101-112. https://doi.org/10.1093/logcom/exp065

Little, M., (2000). «Moral Generalities Revisited», en B. Hooker y M.O. Little (eds.), *Moral Particularism*. Oxford: Clarendon Press, 276-304.

Ludwig, K., (1994). «Causal Relevance and Thought Content», *The Philosophical Quarterly*, 44 (176), 334-353.

MacCormick, N., (2016). «Universales y particulares», en N. MacCormick, *Retórica y Estado de Derecho: una teoría del razonamiento jurídico*. Lima: Palestra, 149-182.

Miller, A. L., (2018). «Expertise fails to attenuate gendered biases in judicial decision-making», *Social Psychological and Personality Science*, 1 (2), 227-234. https://doi.org/10.1177/1948550617741181

Montesquieu., (1884). «De l'esprit des lois», en *Oeuvres complètes de Montesquieu, précédées de son éloge, par D'alembert*. Paris: L. de Bure Libraire, 188-529.

Nieva, J., (2010). *La valoración de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.

Muffato, N., (2014). «Materiales para un análisis de los conceptos de relevancia probatoria y causal», en D. Papayannis (ed.), *Causalidad y atribución de Responsabilidad.* Madrid: Marcial Pons, 45-76.

Nobili, M., (1974). *Il principio del libero convincimento del giudice*. Milano: Giuffrè.

Rodenas, Á., (2012). *Los intersticios del Derecho: Indeterminación, validez y positivismo jurídico*. Madrid: Marcial Pons.

Ross, A., (1958). *On Law and Justice*. London: Stevens and Sons.

Roxin, C. y Schünemann, B., (2019). *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Didot.

Rumiati, R. y Bona, C., (2019). *Dalla testimonianza alla sentenza: il giudizio tra mente e cervello*. Bologna: Il Mulino.

Schauer, F., (2006). *Profiles, probabilities and stereotypes*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press.

Schum, D., (1994). *The evidential foundations of probabilistic reasoning*. New York: Wiley.

Spinoza, B., (2000). *Ética demostrada según el orden geométrico*. Madrid: Trotta.

Stein, F., (1999). *El conocimiento privado del juez.* Bogotá: Temis.
Taruffo, M., (2002). «Senso comune, esperienza e scienza nel ragionamento del giudice», en M. Taruffo, *Sui confini: scritti sulla giustizia civile*. Bologna: Il Mulino, 121-155.
Taruffo, M., (2011). *La motivación de la sentencia civil*. Madrid: Trotta.
Taruffo, M., (2020). «Considerazioni sulle massime d'esperienza», en M. Taruffo, *Verso la decisione giusta*. Torino: Giappichelli, 250-261.
Tversky, A. y Kahneman, D., (1974). «Judgment under uncertainty: heuristics and biases», *Science,* 185 (4157), 1124-1131. DOI: 10.1126/science.185.4157.1124
Tuzet, G., (2016). *Filosofia della prova giuridica*. Torino: Giappichelli.
Twining, W., (2000). «Necessary but dangerous? generalizations and narrative in argumentation about 'facts' in criminal process», en M. Malsch y J. Nijboer (eds.), *Complex Cases. Perspectives on the Netherlands Criminal Justice System*. Amsterdam: Thela Thesis, 70-98.
Ubertis, G., (2015). *Profili di epistemologia giudiziaria*. Milano: Giuffrè.
Walton, D., (2005). *Argumentation Methods for Artificial Intelligence in Law*. Berlín/Heidelberg: Springer.
Wärneryd, K. E., (2018). «The economic psychology of the stock market», en A. Lewis (ed.), *The Cambridge handbook of psychology and economic behaviour*. Cambridge: Cambridge University Press, 39-63.
Wigmore, J. H., (1937). *The science of judicial proof: as given by logic, psychology, and general experience, and illustrated in judicial trials*. Boston: Little– Brown.
Wright, R., (1988). «Causation, responsibility, risk, probability, naked statistics, and proof: pruning the bramble bush by clarifying the concepts», *Iowa Law Review*, 73, 1001-1077.
Wróblewski, J., (1971). «Legal decision and its justification», *Logique & Analyse*, 14 (53-54), 409-419.

Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, (2022), *45*
e-ISSN: 2386-4702 | ISSN: 0214-8676

Argumentación y prueba en casos de femicidio

Argumentation and Proof in Femicide Cases

Catherine Ricaurte*

Autor:
Catherine Ricaurte
Docente Investigadora
Instituto de Altos Estudios Nacionales – IAEN, Ecuador
catherine.ricaurte@iaen.edu.ec
https://orcid.org/0000-0002-5684-2798

Recibido: 29-12-2020
Aceptado: 31-3-2021

Citar como:
Ricaurte, Catherine (2022). Argumentación y prueba en casos de femicidio. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, *45*, pp. 251-275. https://doi.org/10.14198/DOXA2022.45.09

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

© Catherine Ricaurte

Resumen

Este trabajo versa sobre argumentación, prueba y femicidio. Su objetivo es ofrecer una contribución a las cuestiones vinculadas con la argumentación probatoria en casos de femicidio. En general se sostiene: (1) Para que la muerte de una mujer «Y» odiada por un agente «X» sea femicidio, la acción «X mató a Y» debe ser *intencional*. Y (2) Para que el homicidio de una mujer «Y» sea femicidio deben encontrarse razones suficientes que permitan inferir la *motivación* basada en el *odio de género* que tuvo un agente «X» para matar a la mujer.

Palabras clave: argumentación; prueba; femicidio; emoción; intención; acción; responsabilidad.

Abstract

This work is on argumentation, proof and femicide. Its objective is to offer a contribution to the questions related to the proof justification in cases of femicide. In general, it is concluded: (1) For the death of a woman "Y" hated by agent "X" to be femicide, the action "X killed Y" must be intentional. And (2) For the homicide of a woman "Y" to be femicide, sufficient reasons must be found to allow inferring the motivation based on gender hatred that agent "X" had to kill the woman.

Keywords: Argumentation; proof; evidence; femicide; emotion; action; intention; responsibility.

* Agradezco a Daniel González Lagier, Alí Lozada y a dos evaluadores anónimos por sus recomendaciones y críticas. Me ayudaron a repensar algunos puntos del artículo y mejorarlo.

1. INTRODUCCIÓN

Desde el 2007, en varios países de Latino América, se viene desarrollando un proceso de tipificación de las muertes violentas de mujeres bajo la denominación de *femicidio* o *feminicidio*[1]. La expresión femicidio fue acuñada por la conocida socióloga feminista Diana Russel, la presentó por primera vez en Bruselas, en 1976, durante su ponencia ante una organización denominada *Tribunal Internacional de Crímenes Contra la Mujer*. Russel definió al feminicidio como «*the killing of women because they are women*». En 1990[2] sostuvo que el femicidio se aplica al «murder of women by men motivated by hatred, contempt, pleausure, or a sense of ownership of women».[3]

La definición de Russel ha sido ampliamente acogida por las legislaciones de América Latina en las tipificaciones del delito de femicidio. Así tenemos, por ejemplo, la persona que «dé muerte a una mujer por el hecho de serlo o por su condición de género» (Código Orgánico Integral Penal del Ecuador - COIP, artículo 141), de manera similar, «diere muerte a una mujer, por su condición de mujer» (Decreto Ley 22-2008 de Guatemala, artículo 6), la muerte de «una mujer por su condición de tal» (Código Penal del Perú, artículo 108-B), «el que matara a una mujer por su condición de tal» (Ley Nº 5777 de Paraguay, artículo 50) o, como en México, «por razones de género» (Código Penal para el Distrito Federal,[4] artículo 148 Bis) y Argentina cuando «mediare violencia de género» (Código Penal, artículo 80, numeral 11), o a la muerte que tiene lugar «mediando motivos de odio o menosprecio por su condición de mujer» (El Salvador[5], Decreto Ley 520-2011, artículo 45).[6] Además, la definición de Russel

1. Como se sabe los dos términos son usados tanto por la doctrina como por los códigos penales para denominar la muerte violenta de mujeres. Ambos términos proceden de la traducción al castellano del término inglés *femicide.* En este trabajo no entraré en la discusión sobre el uso correcto del término. Una propuesta de diferenciación de dichos términos y su justificación puede verse en: Lagarde, 2006a y 2006b.
2. En un artículo que publicó con Caputi: «Femicide: Speaking the Unspeakable»
3. Mantuvo la definición en el libro Femicide: The Politics of Woman Killing (1992) que publicó en colaboración con Jill Radford. En el 2001, en un ensayo publicado con Roberta Harmes, sustituyó el término women por female y el término men por male.
4. En muchos de los Estados de México hay regulaciones propias sobre el feminicidio. Un cuadro comparativo sobre las diversas regulaciones normativas en México puede verse en OCNF, 2018: 226.
5. El legislador salvadoreño, en el mismo artículo, ha optado por especificar en qué condiciones se considera que existe odio o mensoprecio a la condición de mujer.
6. También, la Convención del Consejo de Europa sobre la prevención y la lucha contra la violencia de la mujer y la violencia doméstica, conocida como el *Convenio de Estambul* ha adoptado la definición de Russel para definir la violencia sobre las mujeres por razones de género: «Por "violencia contra las mujeres por razones de género" se entenderá toda violencia contra una mujer porque es una mujer o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada» (artículo 3, literal d); y la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres conocida como *Convención de Belém do Pará*: «Para los efectos de esta Convención debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado» (artículo 1). Así también, el Diccionario de

impulsó la identificación del femicidio como delito de odio[7] con el fin de visibilizar la motivación sexista de muchos homicidios de mujeres.

Si bien, las legislaciones de los países de América Latina han seguido opciones político-normativas distintas: creación de un tipo penal autónomo (como en Ecuador, Perú, México, Colombia, El Salvador, Paraguay); inclusión de una circunstancia de agravación punitiva o agravante en el supuesto de homicidio simple (como en Argentina); y modificación del delito de parricidio (como en Chile y Costa Rica)[8], en todos los casos se observa que lo determinante para la configuración del femicidio es la *motivación* del agente para matar a una mujer, lo que trae como consecuencia el aumento sustancial de la pena respecto de la prevista para similares delitos contra la vida[9].

---

la Real Academia de la Lengua Española, en 2014, incorporó esta definición de femicidio: «la muerte de una mujer por razón de su sexo» y en diciembre de 2018, modificó la definición, sin apartarse del énfasis en los motivos: «Asesinato de una mujer a manos de un hombre por machismo o misoginia».

7. En la década de los años de 1990, un sector del feminismo anglosajón reclamó la inclusión de este tipo de muertes violentas de mujeres en los delitos de odio (*hate crimes*) por basarse en razones discriminatorias. Se pretendía el reconocimiento social del origen sexista de los feminicidios, pero la propuesta no tuvo la acogida que se esperaba en el ámbito criminológico, especialmente porque «se entendió que la alta frecuencia comisiva de los delitos contra las mujeres por razón de género podía colapsar el registro de *hate crimes* y distorisionar su finalidad de proterger a minorías sociales altamente expuestas al riesgo de sufrir agresiones por motivos identitarios» (Laurenzo, 2012, p. 121 - 122). Además, un sector relevante de la doctrina no está de acuerdo con la identificación del femicidio con los delitos de odio. Esta posición puede verse, por ejemplo, en Pérez Manzano, 2018.
8. En este trabajo no pretendo analizar las regulaciones penales sobre femicidio en América Latina. En un trabajo del 2019, Carmen Vázquez identifica tres escenarios con distintas problemáticas probatorias y políticas debido a problemas de técnica legislativa. Véase: Vázquez, 2019, pp. 193 – 219.
9. Por ejemplo, en Ecuador el femicidio está sancionado con una pena privativa de libertad de veintidós a veintiséis años (artículo 141 del COIP), por la existencia de circunstancias agravantes esta pena puede subir hasta 34 años con 6 meses (artículo 142 del COIP); y si se determina concurrencia de delitos hasta 40 años; mientras que el homicidio está sancionado con una pena privativa de libertad de diez a trece años (Art. 144 COIP). En Colombia (la Ley 1761 de 2015 creó el tipo penal de feminicidio como delito autónomo), las penas van de doscientos cincuenta a quinientos meses superiores a las del homicidio (artículo 104-A en el Código Penal) y de quinientos a seiscientos meses en el tipo agravado (artículo 104-B). En el Perú, se prescribe una pena no menor de 15 años de prisión que puede llegar a ser perpetua en caso de concurrencia de dos o más agravantes para el feminicidio (Ley 30068). En Guatemala se reguló el femicidio con una pena de veinticinco a cincuenta años (artículo 6 del Decreto ley 22-2008). En México la pena va de veinte a cincuenta años (artículo 148 Bis del Código Penal para el Distrito Federal). En Argentina, la Ley 26.791 (2012) modificó el artículo 80 del Código Penal, introduciendo el odio de género (numeral 4) y la muerte de una mujer por un hombre mediando violencia de género (numeral 11), para estos casos estableció la misma sanción prevista para los homicidios agravados: reclusión o prisión perpetua. Otros países como Costa Rica o Chile han incorporado el término femicidio para denominar la muerte de quien es o ha sido la cónyuge o conviviente del autor; la pena asignada en ambos países corresponde a la misma que a otros casos de muerte de parientes constitutiva de parricidio: Costa Rica, pena de prisión de veinte a treinta y cinco años (artículo 21 de la Ley 8589); Chile, «… será castigado, como parricida, con la pena de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado. Si la víctima del delito descrito en el inciso precedente es o ha sido la cónyuge o la conviviente de su autor, el delito tendrá el nombre de femicidio» (artículo 390 del Código Penal).

En suma, el femicidio es dar muerte a una mujer por el hecho de «ser mujer» o por «razones de género»[10]. Lo que –razonablemente– puede interpretarse como «motivos de odio». Entonces, para que se configure este delito es indispensable *probar* los «motivos de odio de género[11]» que tuvo el agente para matar a una mujer.

Sin lugar a dudas, probar los motivos de odio es una tarea complicada, porque los *estados mentales* como las *emociones* no son hechos que pueden observarse externamente, permanecen en la «esfera psíquica» del sujeto.[12] Debido a esta dificultad, muchos juristas e incluso nuestros tribunales suelen adoptar una posición escéptica acerca de la posibilidad de probar las emociones y asumen que no se prueban, más bien, se adscriben a criterios fijados normativamente. Como consecuencia de esto, si el legislador no fija de manera taxativa estos criterios, no sería posible responsabilizar a las personas por femicidio.[13] Este trabajo parte de una visión distinta. Si se atribuye responsabilidad penal

10. Como señala María José Añón, «la violencia contra las mujeres se ejerce por razón de género, por el hecho –y el significado– de ser mujer y hombre, y porque los actos violentos que sufren las mujeres de forma desproporcionada derivan de la desigualdad sistémica que les afecta tanto en el espacio público como en el ámbito privado» (2019, p. 49). «Como proceso», sostiene la misma autora, «tiene un carácter estructural social y político; es un fenómeno social de múltiples y diversas dimensiones forjado por un sistema sexo-género patriarcal que da lugar a la subordinación estructural de las mujeres» (Añón, 2016, p. 4). El *patriarcado* o estructura de dominación es la categoría que las teorías feministas han elaborado para dar connotación política a la estructura social de subordinación. Sobre el tema, véase: Mackinnon, Catharine (1987), *Feminism Unmodified,* Harvard University Press, Cambridge Mass; Mackinnon, Catharine (1991), «Difference and Dominance: On sex discrimination» en *Feminist Legal Theories: Readings in Law and Gender (New Perspectives on Law and Gender (New Perspectives on Law, Culture and Society)*, Katharine T. Barttlet y Rosanne Kennedy (eds.), Westviex Press, Colorado, Oxford; Alvarez Medina, Silvina (2001), «Diferencia y teoría feminista», en E. Beltrán y V. Maquieira (ed.), *Feminismos. Debates teóricos contemporáneos,* Madrid, Alianza; Añón Roig, María José, 2016, «Violencia con género. A propósito del concepto y la concepción de la violencia contra las mujeres», en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho,* No. 33, entre otros.
11. La expresión «odio de género» se usa indistintamente para señalar el *odio* «a la orientación sexual», «a la identidad de género», «a la expresión de la identidad de género», o «a la mujer por ser mujer». En este trabajo usaré «odio de género» para referirme a la motivación basada en el odio del agente que comete femicidio, es decir, el «odio a la mujer por ser mujer».
12. Surgen «problemas relevantes desde el punto de vista de la prueba de los hechos no materiales por la buena y obvia razón de que no puede ser fácil en absoluto (y algunas veces imposible) ofrecer una demostración "externa", que sea de alguna forma cognoscible y verificable intersubjetivamente, de hechos que solo "existen" en la esfera psíquica del sujeto. Resulta, al menos, intuitivo que para esos hechos no sirven automáticamente las mismas técnicas probatorias que sirven para los hechos materiales o que, en todo caso, aquéllas deben ser considerablemente adaptadas» (Taruffo, 2011, p. 160).
13. Las posiciones escépticas acerca la prueba del odio parten de la idea tradicional de que las emociones son estados pasionales o fuerzas incontrolables ajenas a la razón, o, que son solo malos pensamientos generados por el mal carácter o personalidad de los individuos. Dos autores influyentes, Hurd y Moore, niegan que se pueda justificar el reproche agravado de los delitos de odio. Estos autores sostienen que reprochar penalmente los *motivos emocionales* de los agentes nos llevaría a reprochar el carácter de los individuos y sus malos pensamientos o pensamientos malvados. El odio sería un rasgo del carácter del agente y dado que un Derecho penal de acto no puede atribuir responsabilidades por el carácter o personalidad de los agentes, reprochar el carácter no estaría justificado. Sin embargo, como sostiene Laura Manrique (2019), afirmar que los motivos emocionales son solo malos pensamientos es una mala comprensión del papel que cumplen los motivos en el razonamiento práctico. El reproche calificado

por «motivos de odio de género», en los casos de femicidio, este debe probarse en el caso en concreto. También los procesos sobre femicidios se orientan a la búsqueda de la verdad, aún cuando por la naturaleza misma del razonamiento probatorio su resultado no garantice la certeza absoluta.

Para el desarrollo de mis tesis tomaré tres casos extraídos de sentencias condenatorias por femicidio. Reconstruiré los casos con el objetivo de ubicar los principales problemas de este tipo de prueba y la esperanza de arrojar alguna luz sobre la posibilidad de superarlos[14]. Todo esto con base en la teoría de las emociones de Daniel González Lagier (2009, 2009a, 2014 y 2020).

La estructura de este trabajo es la siguiente: En primer lugar, me ocuparé de la relación entre las *emociones* y las *acciones*. Entender adecuadamente el papel que juegan las *emociones* como *determinantes* de la *conducta* del agente es fundamental para comprender la acción y atribuirle responsabilidad penal por sus emociones. Son temas de este punto el concepto de emoción, la relación entre las emociones y las acciones y la atribución de responsabilidad por las acciones de un agente cuando estas son generadas por emociones. Después, consta una brevísima referencia a los *síntomas o indicios* del femicidio a partir del *Modelo de Protocolo Latinoamericano de Investigación de las Muertes Violentas de Mujeres por Razones de Género (femicidio/feminicidio) de la ONU*, en este protocolo se encuentran pautas interesantes para la investigación y juzgamiento de femicidios. Con todo lo anterior en mente, a partir de tres casos, abordaré la argumentación y prueba en casos de femicidio con el objetivo de demostrar dos conclusiones generales que pueden ser útiles para la argumentación y prueba en casos de femicidio: (1) Para que la muerte de una mujer «Y» odiada por un agente «X» sea femicidio, la acción «X mató a Y» debe ser intencional. Y (2) Para que el homicidio de una mujer «Y» sea femicidio deben encontrarse razones suficientes que permitan inferir la *motivación* basada en el *odio de género* que tuvo un agente «X» para matar a la mujer.

---

en casos de delitos cometidos por motivos emocionales como el *odio* está justificado siempre que comprendamos adecuadamente el papel que juegan los motivos como determinantes de la conducta del agente. Manrique agrega que en el ámbito del Derecho penal, «las acciones relevantes son seleccionadas por los sistemas jurídicos y, por ello, se analizan motivos siempre que ellos se materialicen en una cierta conducta relevante» (2019, p. 212). Si alguien mata a otra persona, esta decisión ingresa en el ámbito jurídico, y es aquí donde cobran importancia las razones que tenía el agente para matar, si ha actuado en legítima defensa, por venganza o por odio (*ibídem*). A partir del análisis de Laura Manrique he extraído estas ideas fundamentales de la concepción de Hurd y Moore «Punishing Hatred and Prejuice» (2004).

14. La reconstrucción de los casos fue muy trabajosa porque las sentencias mantienen el estilo de párrafo único con una escritura atropellada. Cabe aclarar que en este trabajo no busco criticar a las sentencias de las cuales he extraído los casos. El objetivo es el señalado. No obstante, me parece oportuno llamar la atención sobre este problema de escritura que dificulta la comprensión de las sentencias.

2. EMOCIONES, ACCIÓN Y RESPONSABILIDAD

Todos hemos sentido amor, odio, alegría, tristeza, ira, indignación, culpa, celos, esperanza, compasión entre muchas otras *emociones*. Haber sentido emociones nos permite entender los estados emocionales que generaron la acción de un agente. Las emociones son uno de los motivos más importantes de las acciones humanas. Al Derecho, especialmente al Derecho penal, le importan las intenciones del agente, sus deseos, creencias, intereses y emociones para comprender la acción y atribuir responsabilidad.

Esto nos lleva, aunque muy someramente, a analizar la relación entre las *emociones* y las *acciones*. La visión que nos permitirá explicar dicha relación, así como juzgar adecuadamente la responsabilidad derivada de las acciones generadas por emociones (a las que podemos llamar «acciones emocionales»)[15] es la «visión mixta de la relación entre las emociones y las acciones» de Daniel González Lagier (2014). De acuerdo con esta concepción son relevantes tanto los aspectos vinculados con las *razones*, los *deseos,* las *creencias*, a los que el autor llama *aspectos teleológicos*, como los *aspectos causales* de la relación.

Para realizar dicho análisis es necesario iniciar por entender qué son las emociones.

2.1. ¿Qué son las emociones?

Para Daniel González Lagier las emociones son «estados mentales[16] mixtos», contienen tanto una *dimensión cognitiva*: «estados proposicionales», contenido semántico, esto es, creencias, intenciones, deseos, ideas, pensamientos, etc., como una *dimensión sensorial*: «estados fenomenológicos» de las emociones: dolores, picores, punzadas, sensaciones de hambre, sed, vértigo, náuseas, etc. (González Lagier, 2020, pp. 42-47). Concepción mixta que incluye otros elementos[17]. Las emociones «serían estados mentales que surgen

15. La expresión es de Daniel González Lagier. Véase, González Lagier (2014, p. 237)
16. Son estados mentales porque tienen ciertas propiedades (aunque no todos los estados mentales tienen estas propiedades): a) *consciencia*, porque entendemos que sucede dentro de nosotros (si estoy preocupado/a, lo sé, porque siento que lo estoy); b) *qualia,* «son la manera peculiar como cada estado mental emerge a mi consciencia» (hay diferencias en cómo experimento mi preocupación); c) *contenido mental o proposicional,* es decir la «capacidad de versar, representar o ser sobre objetos y estados de cosas del mundo (…) distintos de ellos mismos»; d) *subjetividad:* «mis dolores, temores, odios, deseos y creencias son exclusivamente míos, por lo que yo puedo ser consciente de mis estados mentales, pero no de los otros, ni otros pueden serlo de los míos»; e) *capacidad de causar estados físicos:* «Los estados mentales parecen causar hechos externos, físicos: nuestras emociones, creencias y deseos causan nuestro comportamiento». Véase: Moya, Carlos. *Filosofía de la mente*, Capítulo I, Universidad de Valencia, 2006. Citado por González Lagier (2020, pp. 40-42).
17. Daniel González Lagier sostiene que los elementos que se pueden distinguir en las situaciones emocionales típicas son los siguientes:
    1. La percepción, creencia o evaluación de las propiedades de un evento en relación con la satisfacción o frustración de un deseo, un valor o una meta relevante para mí.
    2. Ciertos cambios fisiológicos en el cuerpo del sujeto que se encuentra en una situación emocional.

cuando valoramos un hecho como algo que facilita u obstaculiza un objetivo o deseo nuestro» lo que incluye una *sensación* (que nos avisa que estamos bajo una emoción[18]) y un *componente motivacional* (las emociones serían motivadas por creencias sobre hechos externos que incidirían en la satisfacción o frustración de un deseo, de una meta u objetivo[19]). Parecería, por un lado, haber una correspondencia entre *evaluar favorablemente* un hecho para el cumplimiento de una meta u objetivo y la *sensación agradable* y, por otro, *evaluar un hecho negativamente* (como un obstáculo) para la satisfacción del deseo y la *sensación desagradable* (González Lagier, 2020, pp. 47-51).

2.2. Relación entre las emociones y las acciones

a) Los «aspectos teleológicos» de la relación entre las emociones y las acciones

González Lagier sostiene que las *razones*, los *deseos* y las *creencias* (aspectos teleológicos) destacan la dimensión intencional de la acción. Muchas emociones emergen cuando los sujetos evaluamos un evento como relevante para la satisfacción o frustración de un deseo, así ciertos deseos pueden tomar parte en la generación de una emoción (*deseos previos* a la generación de una emoción). Pero, por otro lado, las emociones pueden verse asociadas a otros deseos derivados de ellas (*deseos derivados* de la emoción). Véase: González Lagier (2014, p. 241).

Prosigue: «Los deseos, como sabemos, en combinación con las creencias instrumentales acerca de cómo satisfacerlos, son razones para la acción.[20] Una intención de

3. Las sensaciones, a veces experimentadas como placenteras y otras como dolorosas, producidas por la percepción de tales cambios.
4. La expresión facial y corporal de la emoción
5. Un impulso a realizar cierta acción (González Lagier, 2020, p. 48)

De estos elementos, los que más nos interesan para comprender la relación entre las emociones y las acciones son la creencia o evaluación (1) y las sensaciones (4). Un análisis profundo de todos los elementos de las emociones puede consultarse en González Lagier (2009).

18. Percepción de que algunos cambios fisiológicos ocurren en nuestro cuerpo cuando experimentamos amor, odio, miedo, ira, etc. Pero, también, en muchas ocasiones, esa percepción de los cambios fisiológicos puede ser considerada como agradable o desagradable.
19. Por más rudimentaria o poco estructurada que sea la creencia, estará conectada con nuestras «valoraciones y preferencias» (González Lagier, 2020, p. 50). En general, tener un motivo para realizar una acción implica creer que un cierto fin se conseguirá a través de dicha acción y desear que ese fin sea conseguido (Nino, 1987, pp. 79-80).
20. La noción de razón para la acción es muy compleja y no es necesario entrar aquí a analizarla. Un análisis profundo sobre esta noción puede encontrarse en Juan Carlos Bayón (1991). Bayón sostiene que un agente puede considerar que constituyen razones para actuar sus *deseos*, sus *intereses* o sus *valores*, que generan respectivamente razones *instrumentales*, *prudenciales* y *morales*. La racionalidad *instrumental* tiene que ver con la satisfacción de un deseo aisladamente considerado. La racionalidad *prudencial* se refiere a la satisfacción global de un plan de vida. Y las razones *morales* son de carácter último, es decir, las últimas razones a las que puede apelar un agente en el razonamiento práctico y además son *neutrales*, osea independientes de cuáles sean los deseos e intereses del agente.

hacer algo puede verse como una combinación de un deseo no derrotado por ninguna otra razón y una creencia acerca de cómo satisfacerlo». El «deseo no derrotado» significa que ese deseo no fue desplazado por ninguna otra razón, en otras palabras, en esa determinada situación el agente actuó de esa manera por esa razón (González Lagier, 2014, p. 241). «Pues bien, entre las emociones y las acciones existe una conexión indirecta, mediada por las intenciones. Son los deseos y las creencias generadas por las emociones las que pasan a formar parte de la intención del agente, que concluye en una acción». Entonces, podemos decir «que las intenciones son determinantes de las acciones y las emociones son determinantes de las intenciones». A partir de estas conclusiones preliminares, el autor se plantea la siguiente interrogante fundamental: ¿En qué sentido las emociones determinan la intención, es decir, proporcionan razones para la acción? (González Lagier, 2014, p. 242). Responde que las emociones determinan la intención de diversas maneras. Especialmente relevantes serían los siguientes tres tipos:

> (a) «S realizó la acción A porque evaluaba emocionalmente el evento E como facilitador/dificultador de su objetivo O y creía que A era una manera instrumentalmente adecuada de aprovechar/superar E»; (b) «S realizó la acción A para potenciar/mitigar la sensación que le causaba su emoción E» o «S realizó A para promover/evitar la emoción E»; y (c) «S hizo A porque la emoción E le llevó a creer C» (González Lagier, 2014, p. 252).

Antes de pasar al desarrollo de estos tres tipos de explicaciones de la acción basadas en emociones, me parece importante la advertencia previa que Daniel González Lagier realiza: «La relación entre la emoción y los deseos permite un tipo de explicación que es útil cuando la acción ya ha sido realizada, pero que –dada la cantidad y diversidad de variables en juego– no permite una predicción de la acción» (2014, p. 242).

Regresando a los tres tipos (especialmente relevantes) que explican las «acciones emocionales», González Lagier señala: (i) Las emociones participan en la generación de «deseos derivados» instrumentalmente conectados con los «deseos previos». «[E]l juicio evaluativo que califica al evento como un obstáculo o un facilitador es parte de la emoción» y, además, «la emoción puede añadir una sensación de urgencia, de especial intensidad» incitando a que el sujeto tome una decisión y haciendo que elija cursos de acción que en otro caso no emprendería; (ii) «Las emociones generan "deseos derivados" dirigidos a potenciar los aspectos positivos de las emociones o a mitigar la agitación o los aspectos negativos de las mismas, o a promover o evitar emociones». Es decir, en ocasiones los «deseos derivados» no están conectados con los «deseos previos», más bien, tratan de mitigar la sensación de dolor causada por la emoción o alargar las sensaciones de placer o positivas causadas por la emoción. O una emoción negativa desencadena el deseo de no volver a experimentar esa emoción y una emoción positiva hace que busquemos nuevas ocasiones para volver a tenerlas (supuestos similares a los anteriores, pero más radicales); y (iii) «Las emociones generan creencias que, en combinación con los deseos, constituyen las intenciones». Con base en Aristóteles, el autor sostiene que la relación de las emociones con las creencias o evaluaciones es doble: «por un lado, las creencias o juicios evaluativos generan emociones; por otro lado, las emociones

influyen en nuestra manera de percibir y evaluar el mundo». Véase, (González Lagier, 2014, pp. 242-246).

b) Los «aspectos causales» de la relación

En cuanto a los *aspectos causales* de la relación entre las emociones y las acciones cabe partir de la siguiente intuición: Todos hemos sentido, alguna vez, la pérdida de control debido a alguna emoción.[21] Como señala Daniel González Lagier, las emociones son estados mentales solo parcialmente dentro del control del agente[22], por ejemplo, si nos conocemos bien a nosotros mismos podemos evitar o promover ciertas emociones, poniéndonos en situaciones en las que sabemos que es probable que nos embargue una determinada emoción o evitando tales situaciones (González Lagier, 2014, p. 248).

Concluye nuestro autor que desde el punto de vista *causal* las emociones inciden en la capacidad del agente de tener una intención libre de dos maneras: «(a) manipulan (poniendo en primer plano en unos casos y ocultando en otros) la información sobre una situación con la que contamos para tomar la decisión y (b) restringen nuestras posibilidades de elección de cursos de acción» (González Lagier, 2014, p. 252).

2.3. Atribución de responsabilidad por nuestras acciones cuando son generadas por emociones

Con base en la comprensión mixta de la relación entre las emociones y las acciones de Daniel González Lagier es posible atribuir *responsabilidad* por nuestras emociones: Tomar en cuenta los aspectos teleológicos, es decir, los aspectos vinculados con las razones, los deseos y las creencias de la relación entre las emociones y las acciones (dimensión cognitiva o racional de las emociones), permiten evaluar la especial reprochabilidad que pueden tener los juicios de valor que subyacen a algunas emociones. Mientras que los aspectos causales (dimensión sensorial o fenomenológica de las emociones) permiten evaluar el hecho de que las emociones pueden dificultar e incluso llegar a impedir el control de la acción.

21. Intuición que puede verse confirmada por estudios neurofisiológicos: «los estudios neurofisiológicos apuntan a la idea de que las emociones "vienen gestionadas" por las zonas más primitivas del cerebro desde un punto de vista evolutivo (el sistema límbico y la amígdala), que son relativamente independientes de las zonas que regulan los procesos superiores del razonamiento y la acción voluntaria (como los lóbulos prefrontales y la corteza cerebral). De esta manera habría un "cerebro racional" y un "cerebro emocional", sólo parcialmente relacionados entre sí, que plantean al ser humano un conflicto en su "vida psíquica" (tradicionalmente descrito como el conflicto entre pasión y razón)» (González Lagier, 2014, p. 246) quien, en esta parte, cita a Moya, (2000, p. 72).
22. Sobre la distinción entre: a) estado de cosas dentro del control del agente; b) estado de cosas fuera del control del agente, y c) estado de cosas parcialmente dentro del control del agente, véase, González Lagier (1997, p. 172).

Como sostiene González Lagier, las emociones cumplirían con las tres condiciones para atribuir responsabilidad: 1) condición de evaluación: las emociones deben poder ser evaluadas como racionales o irracionales; 2) condición de control: el agente debe tener algún grado de control sobre su emoción; 3) condición de motivación: la emoción debe motivar la acción (2009a, pp. 439-458). Revisemos estas condiciones de manera más detenida:

1) *Condición de evaluación*: Se reprochan las emociones «inadecuadas», «irracionales». Las emociones *irracionales* serían las que contravienen «estándares de normalidad de carácter social o cultural». Estos estándares miden la racionalidad o irracionalidad de la emoción «en función de cuál hubiera sido la emoción de un "hombre razonable" (y qué intensidad hubiera tenido) en las circunstancias de las que se trate».[23]

   En ocasiones, algunas emociones nos parecen irracionales porque tienen «consecuencias destructivas, invasivas, desplazan objetivos relevantes de cualquier plan de vida razonable y llevan al sujeto a realizar acciones insensatas (también aquí el juicio de irracionalidad puede descansar en normas y convenciones sociales acerca de lo "razonable")» (González Lagier, 2009a, pp. 446-447).

   En suma, las emociones pueden ser evaluadas: aprobadas o desaprobadas, elogiadas o reprochadas.

2) *Condición de control:* Las emociones, en alguna medida, son «manipulables», están «parcialmente dentro del control del agente»[24], es decir, el sujeto puede hacer cosas que son condiciones necesarias para evitar tener una emoción inadecuada o irracional: a) contrastar las emociones socialmente para detectar qué creencias deben ser revisadas por no estar justificadas; b) manipular el contexto en el que surge la emoción inadecuada, sin embargo, esto no es fácil, porque

23. Desde el punto de vista del «hombre razonable» la evaluación de las emociones juega un papel muy relevante a la hora de determinar la responsabilidad penal por las emociones. Véase, Nussbaum, (2006, pp. 52 y ss.)

24. Si se sostiene que solo pueden reprocharse eventos bajo el control del agente quedaría descartada la posibilidad de reprochar estados de cosas que el agente no puede controlar por completo. Como ya lo había señalado (*supra*, nota al pie 13), Hurt y Moore son partidarios de esta tesis: «En la medida que no podemos abandonar nuestras emociones y creencias de la manera que podemos abandonar nuestros planes –en otras palabras, simplemente por decisión– la legislación penal que se enfoca en emociones y creencias disposicionales se enfoca en cosas que no están completa o directamente dentro del inmediato control del defendido. Y el Estado no debe castigarnos por cosas que no podemos controlar autónomamente, así, la legislación penal del odio/discriminación es sospechosa de hacer eso (…) Sugerimos que el acusado no debe ser castigado por racismo, sexismo, u homofobia porque él no puede simplemente elegir no ser racista o sexista o un homófobo» (2004, p. 1130). Citado por Manrique (2019, p. 213), explica la autora que Hurd y Moore se comprometen con una teoría mecanicista de las emociones, ofreciendo una visión reducida del papel que juegan las emociones en nuestras acciones (véase, pp. 213-214). Sin embargo, sin mayor conflicto, se acepta que las emociones sirven para atenuar la responsabilidad, por ejemplo, véase, Roxin (1999, p. 188) o las legislaciones penales.

exige que el agente tenga un listado muy específico de cosas que le producen ira, odio, etc., y; c) reprimir los deseos inadecuados, irracionales, injustificados, perjudiciales o lesivos para el agente, para otro o para la sociedad[25] (González Lagier, 2009a, pp. 447-451).

3) *Condición de motivación:* Indudablemente, las emociones motivan la conducta. Recordemos que hay dos tipos de explicaciones de la conducta. Las que señalan las *razones* por las que un sujeto realizó determinada acción que hace que esta aparezca como racional (deseos, creencias, intenciones, etc.), presuponen, por tanto, la libertad y la racionalidad del agente.[26] Y las explicaciones que señalan las *causas* mecánicas que determinaron la conducta, constriñendo la libertad de actuar (todos hemos sentido alguna vez una pérdida de control debido a alguna emoción). Las emociones proporcionarían ambos tipos de explicaciones[27] (González Lagier, 2009a, pp. 451-455).

3. LOS SÍNTOMAS O INDICIOS DEL *FEMICIDIO*

Como habíamos visto en la introducción, se entiende por *femicidio* a la muerte violenta de una mujer por el «hecho de ser tal» o «por razones de género», es decir, por motivos sexistas, de odio o menosprecio. El contexto general caracterizado por la desigualdad de género *no* demuestra la autoría de un femicidio, como –a veces– equivocadamente se sostiene. Para responsabilizar a una persona en un caso en particular por este delito deberá probarse que: 1) X mató a Y *intencionalmente*; 2) que el *motivo* de esa acción fue el *odio* que le tenía X a Y *por el hecho de ser mujer o por su condición de género*.

Un conjunto, a modo ejemplificativo, de síntomas o indicios de que la muerte violenta de una mujer constituye un *femicidio* se encuentran en el *Modelo de protocolo latinoamericano de investigación de las muertes violentas de mujeres por razones de género (femicidio/feminicidio)*[28] de la ONU (en adelante modelo de protocolo ONU). En este

25. Se trata de un complejo proceso de educación en valores apropiados. Pero, quizá el Derecho penal no nos pide tanto, nos reprocha por ciertas expresiones de nuestras emociones. Señala Manrique (2019), «lo que a fin de cuentas exige el derecho es que evitemos expresar ciertas emociones» y sin éstas no han podido controlarse, puede ser que no tenga que reprocharse al agente, y esta será una cuestión que debe resolverse en el caso en particular, «es decir, no se resuelve por el mero hecho de que hay un motivo emocional en juego» (p. 217).
26. Si no fuera posible encontrar una razón que explique la conducta del individuo, el hecho podría haber ocurrido ya no por una acción del agente, sino por casualidad o por una fuerza externa causalmente relevante como, por ejemplo, una patología (véase, Manrique, 2019, p. 196). Además, si no se descubrieran los motivos del agente, no solo no podremos entender su conducta, sino que tampoco podríamos evaluarla (*ibídem*, p. 215).
27. La explicación detallada sobre este punto, véase en González Lagier (2009a, pp. 452-455).
28. Este modelo de protocolo ha sido elaborado por la Oficina Regional para América Central del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH) con el apoyo de ONU Mujeres. Es el resultado de un proceso de consulta con los profesionales del sistema de justicia latinoamericano (fiscales, policías, jueces llamados a evaluar las pruebas en casos de femicidio,

extenso documento se sugiere la identificación en particular: del contexto de la muerte; las circunstancias de la muerte y la disposición del cuerpo; los antecedentes de violencia entre la víctima y el victimario[29]; el modus operandi y del tipo de violaciones usados *ante* y *post mórtem*[30]; las relaciones familiares, de intimidad, interpersonales, comunitarias, laborales, educativas o sanitarias que vinculan a la víctima y al victimario; la situación de riesgo[31] o vulnerabilidad de la víctima al momento de la muerte; las desigualdades de poder existentes entre la víctima y el victimario[32] (gráfico 1, p. 37). Otro elemento relevante asociado a delitos de femicidio, con base a las estadísticas, es la desaparición forzada de mujeres (ibídem, párr. 163).

Este modelo de protocolo constituye una guía interesante para la investigación y juzgamiento de femicidios. Sin embargo, no debe ser tomado como una norma tal que establece que «si se dan en el caso en particular, alguno de los indicios ahí descritos, se debe dar por probado que es femicidio». Las pautas que ahí constan no son reglas de imputación de carácter normativo y ajenas a fines cognoscitivos. Son criterios que nos pueden guiar para descubrir la *verdad* mostrándonos la corrección de nuestra atribución de *odio de género* como el *motivo* que tuvo el agente para matar a una mujer. Su fundamento estaría en la experiencia pasada.

4. ARGUMENTACIÓN Y PRUEBA EN CASOS DE FEMINICIDO

En los casos de femicidio el juez tiene que atribuir al agente que mató a una mujer la *intención* de matarla *motivado por odio por ser mujer o por razones de género* y debe *justificar* tal atribución. En este trabajo defiendo dos tesis: (1) Para que la muerte de

profesionales de distintas disciplinas: sociología, medicina legal y criminalística). También se han considerado varias sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En este documento «se integran factores individuales, institucionales y estructurales» y advierten que las pautas que se proponen no deben ser vistas como «un modelo único y absoluto sino más bien flexible». Véase: Modelo de protocolo ONU (p. 5).

29. Los antecedentes de violencia entre la víctima y el victimario cobran especial relevancia en el femicidio. *Violencia física*: golpes, empujones, heridas internas y externas, tirones de pelo, etc. *Violencia sexual*: la exhibición, la observación y la imposición de prácticas sexuales no consentidas…, las relaciones sexuales no consentidas, el aborto o el embarazo forzado…, la esclavitud sexual, la prostitución forzada y la desnudez forzada. *Violencia psicológica*: amenazas, vejación, humillaciones, exigencia de obediencia o sumisión, coerción verbal, insultos, aislamiento. *Violencia económica*: dependencia del varón proveedor, manipulación o limitación de los ingresos de la mujer… (Modelo protocolo ONU, párr. 138, p. 47).
30. En casos de femicidio se ha observado que «el victimario muestra control en la forma en que lleva a cabo el crimen y los hechos posteriores al mismo» (*ibídem*, párr. 13, p. 46).
31. Factores de riesgo que podrían estar asociados al femicidio podrían ser: consumo de alcohol y drogas con frecuencia, violencia fuera de la familia o relación de pareja, amenazas de muerte, ejercicio de control sobre todos los aspectos de vida de la mujer, celos, maltrato de la mujer durante el embarazo, presencia de factores considerados como «estresantes sociales» (pobreza, pertinencia a grupos minoritarios, juventud, etc.), ideas de suicidio o de homicidio (*ibídem*, tabla 5).
32. «[L]as desigualdades de género permean los roles, las normas, las prácticas y las significaciones culturales entre hombres y mujeres» (*ibídem*, párr. 102).

una mujer «Y» odiada por un agente «X» sea femicidio, la acción «X mató a Y» debe ser *intencional*. Y (2) Para que el homicidio de una mujer «Y» sea femicidio deben encontrarse razones suficientes que permitan inferir la *motivación* basada en el *odio de género* que tuvo un agente «X» para matar a la mujer. Estas dos tesis deben integrarse en el razonamiento probatorio en casos de femicidios, lo que trataré de demostrar a continuación[33].

4.1. La acción «X mató a Y» debe ser *intencional*

Comencemos con el siguiente caso: Sharon, una cantante famosa, muere trágicamente la madrugada del 4 de enero de 2015. En la mañana del día anterior, Sharon, su pareja Geovanny (quien además era su representante artístico) y su hijo pequeño, después de algunos conciertos que la cantante ofreció por fin de año, iniciaron un viaje de regreso a casa en su vehículo. Hicieron una parada en Ayangue, se encontraron con unos amigos, compartieron, con ellos, momentos de comida y bebida. Sharon y Geovanny discutieron a lo largo de todo el día por distintas cuestiones (trabajo, representación artística, compra de un departamento para la hija mayor de la cantante). Las discusiones fueron subiendo de tono a medida que aumentaba el consumo de bebidas alcohólicas por parte de Geovanny. Sus amigos presenciaron las discusiones de ese día. Aproximadamente a las 22h30, la pareja retoma el viaje en dirección a Salinas. Sharon conducía el vehículo porque Geovanny se encontraba en estado de embriaguez. Sharon realiza una parada en una estación de servicio, conversa con sus amigos y continúa el viaje. A las 23h45, el vehículo tuvo una desaceleración permaneciendo dentro del área de posicionamiento por 13 minutos. A las 23h58, Sharon llama y habla con uno de los amigos con los que estuvieron ese día, le dice: «Doctor, doctor, ayúdeme, Geovanny está como loco, cuide a Giovanito». Minutos después, el cuerpo de Sharon es arrollado por el vehículo conducido por Luis, quien, en compañía de su novia, viajaba por la autopista hacia Salinas. La novia de Luis, muy preocupada, realiza una llamada de emergencia para informar que una persona yace en la carretera con el propósito de que una ambulancia acuda en auxilio. El informe pericial de autopsia médico legal señala como la causa de muerte de Sharon la hemorragia cerebral interna ocasionada por la fractura en la base del cráneo piso anterior derecho. En el cuerpo de Sharon se encontraron «equimosis» que seguramente fueron causadas por golpes propinados por Geovanny antes del arrollamiento, como la encontrada en el párpado del ojo derecho o la de la mano izquierda y dedo índice. Además, en la convivencia de Geovanny y Sharon existen antecedentes de violencia de género. Sharon había sido menospreciada constantemente por Geovanny, violencia manifestada a través de insultos y golpes. Los maltratos más

33. En la exposición de este tipo de razonamiento sigo en gran medida a Daniel González Lagier (2003, 2005, 2006 y 2013).

intensos se daban cuando Geovanny estaba en estado de embriaguez quien, en general, tenía manifestaciones machistas intensas.

El problema central que se plantea en este caso es el de si Geovanny mató *intencionalmente* a Sharon.

Como sabemos, no todas nuestras acciones son intencionales.

Las *acciones intencionales* son aquellas dirigidas a fines u objetivos específicos, en ellas intervienen *deseos* y *creencias instrumentales* acerca de cómo satisfacerlos, constituyéndose en razones para la acción. Las «acciones emocionales», o sea aquellas acciones generadas por una emoción, son acciones intencionales. Recordemos que el punto de partida de este trabajo fue considerar a las emociones como «estados mentales mixtos» que «surgen cuando valoramos un hecho como algo que facilita u obstaculiza un objetivo o deseo nuestro», lo que incluye una «sensación», que nos avisa que estamos bajo una emoción, y un «componente motivacional», es decir, las emociones serían motivadas por creencias sobre hechos externos que incidirían en la satisfacción o frustración de un deseo, de una meta u objetivo (véase, *supra,* 2.1.). Los aspectos que González Lagier llama «aspectos teleológicos» de la relación entre las emociones y las acciones destacan la dimensión intencional de la acción, son «los deseos y las creencias generadas por las emociones las que pasan a formar parte de la intención del agente, que concluye en una acción». Mientras que los aspectos que llama «aspectos causales» de la relación, constriñen nuestra capacidad de tener una intención totalmente libre porque manipulan la información sobre una situación con la que contamos para tomar la decisión y, restringen nuestras posibilidades de elección de cursos de acción (véase, *supra,* 2.2.). Por ello, las acciones emocionales, sin dejar de ser intencionales, lo serían en un sentido más débil.

Mientras que las *acciones no intencionales* (dejando por fuera los actos reflejos que se producen sin voluntad y además no podemos controlarlos) son siempre consecuencias no queridas y no previstas de otra acción, por ejemplo, si por conducir en la ciudad sobre los 70 kilómetros por hora atropello a un perrito, el atropello del perrito no es intencional, aunque conducir a esa velocidad sí lo haya sido.

¿Geovanny mató *intencionalmente* a Sharon? Para que la respuesta a esta cuestión sea afirmativa debería justificarse cómo lo hizo.

Existen, al menos, dos hipótesis en este caso: Según una de ellas, después de salir de la estación de servicio y antes de llegar al lugar del evento trágico, Geovanny empezó a conducir el vehículo, desde esa posición golpeó fuertemente a Sharon y la lanzó a la calzada con la *intención* de matarla. De acuerdo con la otra hipótesis, al recibir los golpes e insultos de Geovanny, Sharon detuvo la marcha del vehículo, se bajó del mismo muy ofuscada en una autopista poco iluminada y por desgracia fue atropellada por otro vehículo que viajaba también en dirección a Salinas. De ser cierta esta última hipótesis, la muerte de Sharon no habría sido querida y prevista por Geovanny, por tanto, no sería intencional, aunque golpear e insultar a Sharon sí.

El femicidio es un delito de *acción intencional*, esto presupone que el agente conocía y quería la muerte de su víctima.[34] Para atribuir responsabilidad por el delito de femicidio, en primer lugar, debe determinarse que el agente mató *intencionalmente* a la víctima. Si sobre este hecho existen dudas, no está justificado desplazar la prueba del hecho externo «dar muerte a una mujer» al contexto de violencia de género del caso[35]. Los indicios de violencia de género son relevantes para la explicación de los *motivos emocionales* de la acción. Los *hechos externos* como «dar muerte a una mujer» solo pueden ser conocidos a partir de la *observación empírica* y de inferencias a partir de ella. El hecho: «Geovanny lanzó a Sharon a la calzada con la *intención* de matarla» debería inferirse del lugar en el que se encontraba Sharon dentro del vehículo (asiento del conductor o asiento del copiloto), la localización de las heridas *ante mórtem*, la posición del vehículo, la ubicación del cuerpo en la calzada, las heridas *post mórtem,* el lugar desde donde Geovanny lanzó el cuerpo, la fuerza que requería para ello, el trayecto del lanzamiento, la ubicación de las abolladuras del vehículo de Luis por el atropellamiento. Si uno o más de esos hechos intermedios es incompatible con la acción, el autor no pudo haber tenido la intención de realizar esa acción.

Ahora bien, probada la acción «X mató a Y intencionalmente», los antecedentes de violencia de género sirven para inferir el *motivo emocional* que tuvo el agente para realizar tal acción, pero no sirven para probar la acción misma. En el caso que estamos usando como ejemplo, las intensas manifestaciones machistas de Geovanny, las discusiones acaloradas que antecedieron a la muerte de Sharon y que empeoraron debido al estado de embriaguez de Geovanny, los insultos y golpes que propinó Geovanny a Sharon durante el viaje, *no* sirven para probar el hecho «Geovanny lanzó a Sharon a la calzada con la *intención* de matarla». Solo en el supuesto de que dicho hecho hubiera quedado probado, los antecedentes de violencia de género, servirían para inferir que dicha acción intencional estuvo motivada por el «odio de género que sentía Geovanny hacia Sharon».

4.2. La *motivación* de *odio de género*

El *odio* es una emoción que, al igual que otros estados mentales como los deseos, las creencias o las intenciones, permanecen en nuestra consciencia, no pueden ser observados por terceros, por ello, deben ser inferidos, interpretados o presumidos a partir de la conducta externa del agente. Esto es lo que analizaré a continuación, a partir de dos casos:

34. Las legislaciones penales de los países no establecen femicidios de carácter culposo o preterintencional.
35. En ocasiones, jueces, tribunales y fiscales, ante la duda sobre si tuvo o no lugar la acción *intencional* «dar muerte a una mujer» desplazan la falta de prueba de tal hecho a los indicios de violencia de género. Podrían verse, por ejemplo, la sentencia de 8 de noviembre de 2015, Tribunal Primero de Garantías Penales de la provincia de Santa Elena (proceso No. 24281-2015-0012), o la sentencia de 9 de junio de 2020, Tribunal de Garantías Penales de la provincia de Pichincha (Juicio No. 17322-2019-00076).

4.2.1. Caso 1

El 11 de enero de 2016, aproximadamente a las 16h00, Claudia (que estaba embarazada de 18 semanas) salió de un centro de salud y se encontró con su primo Jonathan, el padre del niño que esperaba. Este llevó a Claudia en el taxi que conducía, la mató ahorcándola con un cable auxiliar y abandonó el cuerpo sin vida de Claudia en las afueras de la ciudad, en un área despoblada. La relación de Claudia y Jonathan no era conocida por su familia. Jonathan tenía un hijo con Paola y estaba comprometido en matrimonio con Ana. Entre el 9 y el 10 de enero de 2016, la madre de Claudia y sus hermanos, después de preguntarle (porque notaron que estaba «gordita») se enteraron del embarazo de Claudia y de la identidad del padre del niño. Claudia, también les contó que Jonathan no quería tener el hijo (quería que abortara) y les pidió que no tomen contacto con él, ni con el padre de él, porque este le había dicho que si se llegan a enterar «su papá lo mataba o él se mataba». En todo caso, acuerdan que Claudia le contaría a Jonathan que su familia ya sabe sobre su embarazo.

En este caso se encuentra justificado el hecho de que Jonathan mató *intencionalmente* a Claudia, esto es, ahorcándola con un cable auxiliar[36]. Sin embargo, esto no es suficiente para concluir que Jonathan es responsable del delito de femicidio, para ello es necesario encontrar el *motivo emocional* que tuvo Jonathan para matar a Claudia y justificar tal atribución.

¿Cómo sabemos que Jonathan mató a Claudia por *odio* por el hecho de ser mujer o por razones de género? Como hemos visto, las intenciones determinan la acción y las emociones determinan la intención proporcionando razones para la acción (*supra*, punto 2.2). La persona que experimenta la emoción evalúa la situación que está viviendo porque le resulta importante para un objetivo, deseo o meta que es relevante. La emoción se sentirá como positiva cuando el objetivo o deseo es alcanzable y negativa cuando ese objetivo se ve imposibilitado. Va acompañada de creencias instrumentales sobre hechos externos que incidirían en la satisfacción o frustración del deseo, meta u objetivo[37]. Además, la emoción da una sensación de urgencia de especial intensidad, haciendo que el sujeto elija cursos de acción que en otro caso no emprendería. (véase, *supra*, punto 2).

Por ende, para determinar los *motivos* de Jonathan es necesario descubrir las respuestas a las siguientes cuestiones: ¿Cómo era la relación entre Jonathan y Claudia? ¿Jonathan había amenazado a Claudia con matarse si ella contaba a terceros sobre su embarazo? ¿Jonathan había amenazado a Claudia con matarse si ella no abortaba?

36. Hechos determinantes fueron: (i) el reporte de ruta del GPS del taxi que conducía Jonathan, este reporte permitió localizar el cadáver de Claudia, (ii) el informe de llamadas telefónicas entre Jonathan y Claudia; (iii) las heridas encontradas en el cuerpo de Claudia; (iv) el cable auxiliar; y (v) las versiones del propio Jonathan.

37. Cuando actuamos con la intención de dar lugar a un fin realizamos la acción que en ese momento creemos más adecuada, teniendo en cuenta nuestra valoración sobre la situación, posibilidades y preferencias para conseguir el fin.

¿Cómo influyó en Jonathan el hecho de que tuviera un hijo con Paola? ¿Cómo influyó en Jonathan el hecho de que estuviera por casarse con Ana? ¿Cómo reaccionó Jonathan al enterarse de que Claudia contó a su familia sobre su embarazo y la identidad del padre? ¿Para qué llevó Jonathan a Claudia a un lugar despoblado y alejado de la ciudad? ¿Jonathan desató su odio y ahorcó a Claudia hasta matarla? ¿Por qué? ¿Qué tipo de heridas se encontraron en el cuerpo de Claudia[38]? ¿En qué lugar y cómo abandonó Jonathan el cuerpo de Claudia después de matarla[39]? ¿Cuáles fueron las explicaciones de Jonathan? Lamentablemente, no siempre se buscan respuestas a este tipo de interrogantes. En su lugar, luego de determinar que un sujeto mató intencionalmente a una mujer, de manera automática[40], se pasa a decidir que es responsable del delito de *femicidio* sin justificar la atribución de que tal acción estuvo determinada por *odio de género*[41].

Por lo general, para evadir la obligación de justificar el juicio de reproche por *odio de género* se observan «fórmulas» que apelan al *convencimiento* del juzgador[42]: «Este tribunal se ha *convencido* de que X es responsable del delito de femicidio», «este tribunal ha llegado al *pleno convencimiento*» o «este tribunal *no tiene duda alguna*». Sin embargo, las *convicciones no justificadas*, no aportan ningún dato a favor de la verdad de las proposiciones. En realidad, este tipo de «convicciones» se originan en una equivocada concepción del sistema de libre valoración de la prueba como *íntima convicción.* Esta equivocada concepción (superada hace mucho tiempo por la teoría de la prueba, pero que aún se observa en la práctica) entiende al sistema de libre valoración de la prueba como libre de cualquier medio y contenido probatorio, de tal suerte que el juicio de hecho queda equiparado a la existencia de un estado psicológico de convencimiento del juez que le ha llegado por medio de la «inmediación» y que por tanto no requiere de justificación[43]. No obstante, el *grado de confirmación* de una hipótesis debe ser *suficiente*

38. «Uno de los aspectos asociados a los femicidios que puede permanecer en el tiempo es el alto grado de violencia empleado en la producción de la muerte, que puede manifestarse en fracturas y lesiones óseas producidas por los traumatismos o por las armas empleadas para cometer el crimen…» (Modelo de protocolo ONU, párr. 305). Diferentes estudios han puesto de manifiesto la característica en los delitos de género por violencia extrema. Wolfgang, M.E. (1958) encontró esta violencia excesiva en el 83.1% de los casos, Campbell, J.C. (1992) en el 61%, Crawford, M. & Gartner, R. (1992) en el 60%.
39. Las desapariciones forzadas de mujeres y la ocultación del cuerpo de la víctima para impedir su identificación son un indicio más de femicidio y suelen estar asociadas a violencia sexual previa. (Modelo de protocolo ONU, párrafos 163, 138 y 302).
40. «La complejidad de los femicidios no se resuelve con automatismos, improvisaciones o simplificaciones. La solución exige profesionalidad y responsabilidad basada en el conocimiento de las características asociadas a los femicidios» (Modelo de protocolo ONU, párr. 212).
41. Como señala Laura Manrique, «[e]xigir la prueba del "motivo de odio" no solo es una garantía para el imputado de que se lo está responsabilizando por aquellas cosas que hizo» También «le da una mayor importancia a la víctima como individuo perteneciente a una comunidad, y no meramente como una *clase de persona*» (mujer) que merece protección por pertenecer a un grupo «históricamente maltratado» (Manrique, 2021, p. 437). Además, esto nos llevaría a invisibilizar aquello que la ley penal ha querido reprochar con mayor severidad: el motivo emocional por la cual actuó el sujeto.
42. Por ejemplo, véase, sentencia de 8 de diciembre de 2016, Tribunal de Garantías Penales de la provincia de Loja (Proceso No. 11282-2016-00674G).
43. Sobre el tema véase: Andrés Ibañez (2009). También puede consultarse, Ricaurte (2019, p. 367).

para considerarla como *probada*. En los casos de femicidio, cabe enfatizar, el motivo emocional «*odio de género*» que tuvo el agente para realizar la acción «dar muerte a una mujer» debe quedar *probado*. De tal manera que el «pleno convencimiento» del juez, o su «ausencia de duda» debe justificarse[44].

4.2.2. Caso 2

El 28 de marzo de 2017, a las 18h00, Cristina salió de su lugar de trabajo. En horas de la noche, el hermano de Cristina presentó una denuncia en la Fiscalía por el desaparecimiento de su hermana. Una amiga de Cristina entregó a la policía unos mensajes escritos y de audio que recibió de Cristina para contarle que un amigo, llamado Carlos[45], le había propuesto «verla desnuda a cambio de dinero» (diez mil dólares)[46]. Al día siguiente, un policía fue en busca de Carlos, este le dijo que «no le haría perder el tiempo» y le contó que llevó a Cristina a su casa,[47] «ella debía desnudarse y él le entregaría dinero». Tuvieron una «riña», él «le cortó el cuello, ella se cayó y desangró», él «se asustó, llevó el cuerpo de Cristina a su vehículo» y «lo arrojó en el puente». En la casa de Carlos se encontraron máculas de sangre y pertenencias de Cristina.[48] En su vehículo, también se encontraron máculas de sangre. El 3 de abril de 2017, la policía encontró el cuerpo sin vida de Cristina. Tenía un total de 22 heridas, 15 de ellas *ante mórtem* y 7 *post mórtem.*[49] Lo que le causó la muerte a Cristina fue el «traumatismo penetrante en el cuello y vía respiratoria con objeto punzocortante que le produjo hemorragia». Dada la abundante prueba corroborada por la confesión de Carlos quedó justificado, *más allá de toda duda razonable*, que *Carlos mató a Cristina*.

En este tipo de casos puede presentarse la hipótesis de inimputablidad porque el agente padece de alguna enfermedad que impide el control de sus actos y esta es una cuestión que –como se sabe– debe resolverse previo al juicio de reproche. Si no pudiéramos controlar nuestras acciones –total o parcialmente– el juicio no sería legítimo (véase, *supra,* 2.3). Un caso paradigmático que sirve para ilustrar esta situación es el estudio que realizó un grupo médico en Virginia, Estados Unidos, en el 2003. Este grupo médico estuvo encabezado por Swerdlow y Burns. El caso es que extirparon un tumor de gran tamaño a un paciente de cuarenta años. Como consecuencia, desaparecieron ciertos

44. Como sostiene Raymundo Gama: «Prueba y convicción son dos componentes que deben armonizarse» (Gama, 2021).
45. Cristina y Carlos fueron compañeros de trabajo. Cristina se cambió de lugar de trabajo.
46. Esta conversación quedó registrada en los mensajes escritos y de audio remitidos por WhatsApp el día 13 de marzo de 2017, de 08h51 a 16h44 y en el correo electrónico de Cristina (ella se había reenviado esta conversación a su e-mail). Cristina le contaba a Carlos sobre su necesidad de conseguir dinero.
47. La casa de Carlos se encuentra ubicada en un lugar apartado de la ciudad.
48. Billetera, aretes, cédula, tarjetas…
49. Fracturas en el cráneo, la mandíbula, cuarta vértebra cervical, huesos nasales; heridas punzocortantes en el cuello, en el abdomen, en las extremidades superiores, luxación de hombro y en extremidades inferiores; heridas en las manos y brazos (heridas defensivas).

comportamientos pedófilos y obsesivos que el paciente había desarrollado previamente. Tiempo después de la intervención quirúrgica, los trastornos del paciente reaparecieron y se pudo comprobar que el tumor también se había regenerado. Parece indiscutible, en casos como este, que las estrategias del paciente para evitar sus *deseos irracionales* escapan por completo a su control, no son construidos por este de manera autónoma o libre[50]. Las emociones sí podemos controlarlas. De hecho, hacemos cosas para evitar promover emociones inadecuadas o irracionales (como el odio, la ira). El hecho de que podemos controlar –aunque parcialmente– nuestras emociones es condición para el juicio de responsabilidad por nuestras emociones (*supra*, 2.3, número 2).

Regresando al caso, la defensa de Carlos alegó que este tenía esquizofrenia (con base en un informe médico que certificaba que la madre de Carlos había padecido esquizofrenia) y que por tanto era inimputable. Sin embargo, las múltiples evaluaciones médicas (pericias) que le realizaron a Carlos durante el proceso coincidieron en que sus «funciones mentales están dentro de los parámetros de la normalidad». La esquizofrenia es una enfermedad cerebral grave. Las personas que la padecen no pueden mantener un trabajo o cuidar de sí mismas. Carlos, tenía una «vida normal», en sus relaciones laborales, relaciones interpersonales, había aprobado exámenes, obtenido un título profesional, conducía a diario su vehículo, mantenía cuentas y tarjetas bancarias activas, etc. Con base en la comprobación de estos hechos externos el tribunal descarta la hipótesis de la inimputabilidad, lo que significa que da por probado (a) que la acción de Carlos es intencional; (b) que su intención fue matar a Cristina.

Sin embargo, aún queda por justificar que la *intención* de la *acción* «Carlos mató a Cristina» estuvo determinada por la *emoción del odio:* «por ser mujer o por razones de género». Como se ha visto, la evaluación de una situación por parte de un agente y la conducta resultante de esa evaluación es parte esencial de la *emoción* (*supra*, 2.2., literal a). Cabe enfatizar, la evaluación de una situación bajo cierto punto de vista nos lleva a actuar de una u otra manera para conseguir algo querido o evitar algo indeseado, así, las emociones determinan en gran medida la acción, por lo que el problema de la atribución de responsabilidad, en los casos de femicidio, incorpora la cuestión del descubrimiento de las emociones que se constituyen en razones para la acción.

¿Cómo se prueban las emociones como el odio? Las emociones no pueden ser observadas por terceros, por ejemplo, nadie puede «haber visto» que un sujeto sentía *odio*. Las emociones deben ser inferidas (o interpretadas o presumidas) a partir de la conducta externa del agente al que se atribuyen y de las circunstancias contextuales. Entonces, el razonamiento con el que tratamos de probar la emoción de un agente parte de la descripción de su conducta externa[51] y trata de *inferir* la emoción a partir de ella y las creencias del mismo.

50. La descripción completa de este caso véase en Swerdlow y Burns (2003, pp. 437-440).

51. Conducta que se presume intencional. «El punto de partida de nuestro proceso de atribución de intenciones es la presunción de que la acción que observamos es intencional. Ante las acciones de otros agentes adoptamos *prima facie* lo que Denett llamaba la actitud intencional. Solo en caso de

¿Cómo sabemos que Carlos mató a Cristina *por el hecho de ser mujer o por razones de género*? Tendremos que apoyarnos en la serie de indicios contenidos en la descripción detallada de los aspectos externos de la conducta de Carlos y de las circunstancias contextuales: la conversación entre Carlos y Cristina en la que él le propone entregarle «diez mil dólares a cambio de verle desnuda», propuesta en la que Carlos insiste durante todo el día 13 de marzo de 2017 urgiendo a Cristina una respuesta y por la que varios días después le lleva a su casa situada en las afueras de la ciudad; la violencia extrema usada por Carlos para matar a Cristina, lo cual se desprende de la descripción de las heridas «fractura en cráneo, fractura mandibular y cuarta vértebra cervical, fractura de huesos nasales y del diente, heridas punzocortantes en el cuello, fractura penetrante en la tráquea en la vía respiratoria, heridas en el abdomen, en las extremidades superiores, luxación de hombro, y heridas en extremidades inferiores, heridas de la mano y brazo»; la confesión de Carlos sobre el crimen que había cometido: contó al policía que lo interrogó cómo mató a Cristina y los motivos: «ella debía desnudarse y él le entregaría dinero». Tuvieron una «riña», él «le cortó el cuello, ella se cayó y desangró», él «se asustó, llevó el cuerpo de Cristina a su vehículo» y «lo arrojó en el puente».

A partir de los indicios descritos, construiré la historia de este caso: Carlos se sentía muy atraído por Cristina, pero ella veía a Carlos solo como amigo, además tenía novio. Cuando Carlos se enteró de las importantes necesidades económicas de Cristina le propuso darle diez mil dólares a cambio de verla desnuda, pensando en que Cristina accedería a sus pretensiones sexuales y dejando a «rienda suelta» sus deseos. Carlos en lugar de hacer cosas para *reprimir* o *evitar* sus *deseos irracionales*, realizó cosas para *incitarlos* o *promoverlos*, se aprovechó de que Cristina necesitaba dinero para retomar sus estudios universitarios y pagar deudas e insistió en su propuesta sexual llevándola a su casa, porque al *evaluar emocionalmente* el evento creyó que al llevar a Cristina a su casa esta accedería a desnudarse. Como Cristina no quiso desnudarse, este insistió, empezaron los golpes cada vez más fuertes, Carlos se dejó llevar al borde de su emoción, desató su *odio* hacia Cristina a una *intensidad* tal que, en palabras de Carlos, «le cortó el cuello, ella se cayó y desangró», él «se asustó, llevó el cuerpo de Cristina a su vehículo» y «lo arrojó en el puente». No olvidemos que el juicio que evalúa el evento como un obstáculo o un facilitador es parte de la emoción y, además, la emoción puede incorporar una «sensación de urgencia de especial intensidad» haciendo que el sujeto decida cursos de acción que en otro caso no emprendería[52]. Inmediatamente después, Carlos trató de ocultar el crimen que cometió: recogió el cuerpo de Cristina, lo embarcó en su vehículo, tiró el cuerpo al río, limpió la sangre de Cristina de su vehículo y casa. Pero, al día siguiente, no tuvo reparos en confesar el crimen que había cometido y se entregó

que no logremos encontrar ninguna explicación intencional satisfactoria de la acción (o que las excusas aducidas excluyan la posibilidad de esa explicación) la consideramos una acción no intencional» (González Lagier, 2003, nota al pie 90).

52. La emoción le confiere al sujeto «audacia o firmeza de decisión», véase, González Lagier (2014, p. 243).

voluntariamente al Policía que lo interrogó. El comportamiento de los agentes tras haber cometido un femicidio suele caracterizarse por la entrega voluntaria a las autoridades[53].

Como se ve, lo que nos permite pasar de la descripción de la acción a la atribución del *odio de género* son las *máximas de experiencia* originadas en (i) nuestro conocimiento «corriente» sobre las correlaciones frecuentes entre tipos de conducta externa y motivos de género; y (ii) el conocimiento sobre los medios causalmente adecuados para alcanzar fines naturales y los medios convencionalmente adecuados para alcanzar fines institucionales.[54]

Ahora bien, para que la hipótesis se considere probada, la explicación de la acción determinada por una *emoción* debe ser lo suficientemente sólida. Cabe la posibilidad de que la hipótesis de femicidio elimine al resto, entonces esta debe ser tomada como verdadera. Sin embargo, lo usual es que nos encontremos con más de una hipótesis, entonces, debemos escoger aquella que resiste mejor a los intentos de refutación[55] (González Lagier, 2013, p. 62).

Para los casos supuestos de femicidio, debemos analizar si hay otros *motivos* que expliquen la acción. La conducta anterior y posterior del sujeto pueden constituir indicios de esto. Por ejemplo, un agente *X*, pudo haber matado a una mujer *Y* porque quería heredarle[56]. Aquí los argumentos basados en la *coherencia de la narración* de los hechos son muy relevantes para seleccionar la hipótesis más sólida. «De acuerdo con MacCormick, debe escogerse aquella hipótesis que explica los hechos de una forma más creíble, a la luz de una máxima de experiencia fundada y de acuerdo con el resto de conocimiento del que disponemos (la coherencia, por tanto, tiene un aspecto interno: congruencia entre los enunciados que conforman la hipótesis; y otro externo: congruencia con el resto del conocimiento)» (González Lagier, 2013, p. 62).

53. La conducta del agente, después de haber cometido un femicidio suele caracterizarse por dos conductas fundamentales: Entrega voluntaria a las autoridades o suicidio, amenazas o intento de suicidio. Véase, Modelo de protocolo ONU (párr. 247).
54. En relación a la atribución de *intenciones,* véase: González Lagier (2003, p. 674). En buena medida, la estructura de la prueba de las intenciones puede trasladarse al razonamiento probatorio sobre emociones.
55. «Una hipótesis es refutada directamente cuando su verdad resulta incompatible con otra afirmación que se ha dado por probada. Si las afirmaciones versan sobre hechos cuya coexistencia es poco probable, entonces la hipótesis pierde credibilidad. Una hipótesis es refutada indirectamente cuando implica una afirmación que se demuestra que es falsa (o poco probable)» (González Lagier, 2013, p. 60).
56. El denominada caso «Las novias en la bañera» es un ejemplo: «George Joseph Smith, que estaba casado, había celebrado una ceremonia de matrimonio con tres mujeres sucesivamente: Bessie Mundy, Alice Burnham y Margaret Lofty. Él indujo a cada una de ellas a otorgar un testamento que lo nombraba como su heredero. Cada una de ellas se ahogó en una tina de baño poco después de que aquello ocurriera. Él fue acusado y juzgado por el asesinato de la señora Mundy. Se le permitió a la fiscalía introducir prueba sobre los "matrimonio", testamentos, y circunstancias que habían rodeado la muerte de las otras dos mujeres». Se concluyó que Smith mató a la señora Mundy *motivado* por el dinero que heredaría de esta. Una descripción más detallada de este caso puede encontrarse en: Anderson, Schum y Twining, (2015, pp. 51-52).

En el caso que estamos usando, se debería analizar si la expresión del *odio de género* de Carlos se proyectaba más allá del hecho de haber matado a Cristina después de la propuesta sexual que fue rechazada. Por supuesto, para ello necesitamos datos sobre la vida de Carlos, cuál es su concepción sobre las mujeres, cuáles son sus gustos, sus preferencias. El «agente femicida o sus actos» suelen reunir «alguno o algunos de los patrones culturales arraigados en ideas misóginas de superioridad del hombre, de discriminación contra la mujer de desprecio contra ella y su vida. Tales elementos culturales y su sistema de creencias le hacen creer que tiene el poder suficiente para determinar la vida y el cuerpo de las mujeres para castigarlas... Esos mismos elementos culturales permiten que el victimario se vea reforzado como hombre a través de la conducta realizada» (Modelo de protocolo ONU, párr. 98)[57]. Lamentablemente, los órganos judiciales no suelen investigar e incluir datos sobre vida del agente[58].

Recapitulando:

1) Los femicidios tienen lugar en contextos emocionales fuertes dominados por el odio de género que siente el agente hacia la mujer que mata. Esto no excluye el carácter *intencional* de la acción «X mató a Y», sino que, al contrario, el *odio* es determinante de la *intención*. Los *hechos externos* como «dar muerte a una mujer» se prueban a partir de la observación empírica y de inferencias a partir de ella. Por ende: Para que la muerte de una mujer «Y» odiada por un agente «X» sea femicidio, la acción «X mató a Y» debe ser *intencional*.
2) En los femicidios el *odio de género* hacia la víctima determina la intención del agente de matarla. Por tanto, el problema de la responsabilidad por la acción «X mató a Y» incorpora, en estos casos, al problema de la atribución del *odio*. ¿Cómo se atribuyen acciones emocionales? A partir de la conducta externa del agente y de las circunstancias contextuales del caso (el modus operandi y el tipo de violencia que usó *X* para matar a *Y*, el contexto de la muerte, las circunstancias de la muerte, la disposición del cuerpo, el resultado de la autopsia, los antecedentes de violencia género entre *X* y *Y*, la conducta anterior y posterior del agente, datos relevantes sobre la vida del agente como sus intereses, sus opiniones, ideas, creencias, relaciones familiares, laborales y sociales) debemos *inferir* el *odio:* «la mató por el hecho de ser mujer o por razones de

57. En sentido similar los párrafos: 99 y 101, literal b).
58. Uno de los «objetivos estratégicos de la investigación» es plantear disitintas hipótesis basadas en los diferentes hallazgos «que identifiquen la discriminación, el odio por la condición de la mujer o las "razones de género" como los posibles móviles que explican dichas muertes», lo que «implica investigar las diferentes manifestaciones de la violencia contra la mujer que antecedieron el hecho, se manifestaron durante el crimen o continuaron después de la muerte de la víctima» (Modelo de protocolo ONU, párrafo 101, literal b). «Poner la mirada en el agresor permite entender las "razones de género" y otros elementos vinculados a ellas, como son el componente basado en el odio hacia la mujer y la conducta que se deriva de este…» (Modelo de protocolo ONU, párrafo 131). También: párrafos 136, 209, 216, 245, 246.

género». Lo que nos permite pasar de la descripción de la acción: «X *mató* a Y» a la atribución del *odio:* «X mató a Y *por el hecho de ser mujer* o *por razones de género*» son las máximas de experiencia ¿Cuál es el fundamento de esas máximas de experiencia? Como todas las máximas de experiencia su fundamento es el pasado: si en el pasado los criterios usados para atribuir acciones emocionales han resultado provechosos no hay razones para pensar que no vayan a continuar siéndolo en el futuro[59]. De ahí su corrección en el juicio de atribución. ¿Es esto suficiente? Para que la hipótesis que atribuye *odio* a la acción «X mató a Y» quede *suficientemente* probada debe ser sometida a *refutación* con hipótesis alternativas. En este proceso, los argumentos basados en la *coherencia de la narración*[60] de los hechos es muy relevante. Por tanto: Para que el homicidio de una mujer «Y» sea femicidio deben encontrarse razones suficientes que permitan inferir la *motivación* basada en el *odio de género* que tuvo un agente «X» para matar a la mujer.

BIBLIOGRAFÍA

Anderson, T., Schum, D. Twining (2015). *Análisis de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo.

Andrés Ibáñez, Perfecto (2009). *Prueba y convicción judicial en el proceso penal.* Hammurabi, Buenos Aires.

Añón, María José (2013). «Principio antidiscriminatorio y determinación de la desventaja», *Inonomía,* 39, pp. 127-157.

Añón, María José (2016). «Violencia con género. A propósito del concepto y la concepción de la violencia contra las mujeres», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho,* 33.

Atienza, Manuel (1987). «Para una teoría general de la acción penal», *Anuario de Derecho penal y ciencias penales,* tomo 40, fasc/mes 1, pp. 5-14.

Atienza, Manuel (2013). *Curso de argumentación jurídica*, Trotta, Madrid.

Bayón, Juan C. (1991). *La normatividad del Derecho. Deber jurídico y razones para la acción,* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

Bayón, Juan C. (2008), «Epistemología, moral y prueba de los hechos: hacia un enfoque no benthamiano», Revista *Analisi e Diritto*, 31-12-2008, pp. 14-34.

Gama, Raymundo (2020), «Prueba y perspectiva de género. Un comentario crítico», *Quaestio facti. Revista internacional sobre razonamiento probatorio,* vol. 1, pp. 285-298.

Gama, Raymundo (2021), «En búsqueda de El Dorado. La concepción racional de la prueba y la formulación de estándares de prueba precisos y objetivos», *Revus. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, 43. DOI: https://doi.org/10.4000/revus.6773

González Lagier, Daniel (1995). *Acción y Norma en G.H. Von Wright,* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

59. Obviamente, en casos concretos estos criterios pueden conducir a errores.
60. En el sentido de MacCormick.

González Lagier, Daniel (1997). «Cómo hacer cosas con acciones. En torno a las normas de acción y las normas de fin», *DOXA. Cuadernos de filosofía del Derecho,* 20, pp. 157-175.

González Lagier, Daniel (2001). *Las paradojas de la acción,* Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo.

González Lagier, Daniel (2003). «Buenas razones, malas intenciones. (Sobre la atribución de intenciones)», *DOXA. Cuadernos de filosofía del Derecho,* 26, pp. 635-685.

González Lagier, Daniel (2004). «La prueba de la intención y el principio de la racionalidad mínima», *Jueces para la Democracia. Información y debate,* 50, pp. 31-61. También publicado en (2005), *Nuevo foro penal,* 68, pp. 31-61.

González Lagier, Daniel (2006). «La prueba de la intención y la explicación de la acción», en *Isegoría,* 35, pp. 173-192.

González Lagier, Daniel (2009). *Emociones, responsabilidad y derecho,* Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires.

González Lagier, Daniel (2009a). «Los presupuestos de la responsabilidad por nuestras emociones», *DOXA. Cuadernos de filosofía del Derecho,* 32, pp. 439-458.

González Lagier, Daniel (2013). *Quaestio facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción,* Fontamara, México.

González Lagier, Daniel (2014). «Entre razones y causas. (Sobre la relación entre las emociones y las acciones y sus implicaciones para la responsabilidad)», D. Papayaninis (coord.), *Causalidad y atribución de responsabilidad,* Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo.

Hurd, Heidi y Moore, Michael (2004), «Punishing Hatred and Prejuice», *Standford Law Review,* 56 (5), pp. 1081-1146.

Lagarde, Marcela (2006a), «Del femicidio al feminicidio», *Desde el jardín de Freud,* 6, pp. 216-225. Recuperado de: https://revistas.unal.edu.co/index.php/jardin/article/view/8343

Lagarde, Marcela (2006b), «Presentación» en Russell y Radford (eds.), *Femicidio. La política del asesinato de mujeres,* UNAM, México.

Laurenzo, Patricia (2021), «Apuntes sobre el feminicidio», *Revista de Derecho Penal y Criminología,* 8, pp. 119-143. Recuperado de: http://revistas.uned.es/index.php/RDPC/article/view/24589/19482

Manrique, María Laura (2016). «Impulsos y razones en el derecho penal: Hacia una teoría dualista de las emociones», *DOXA. Cuadernos de filosofía del Derecho,* 39, pp. 289-304.

Manrique, María Laura (2018). «Emociones, acción y excusas», *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad,* 14, pp. 71-86.

Manrique, María Laura (2019). «Delitos de odio y motivos emocionales», *Análisis filosófico,* volumen XXXIX, número 2, pp. 191-220.

Manrique, María Laura (2021). «¿Debe probarse el odio? Consideraciones acerca de la sentencia del caso Diana Sacayán», *Quaestio facti. Revista internacional sobre razonamiento probatorio,* 2. Recuperado de: https://revistes.udg.edu/quaestio-facti/article/view/22494/26290

Naciones Unidas, Oficina Regional para América Central del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH), *Modelo de protocolo latinoamericano de investigación de las muertes violentas de mujeres por razones de género (femicidio/feminicidio).* Recuperado de: https://www.ohchr.org/documents/issues/women/wrgs/protocololatinoamericanodeinvestigacion.pdf

Nino, Carlos (1980). *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito,* Astrea, Buenos Aires.

Nino, Carlos (1987). *Introducción a la filosofía de la acción humana,* Eudeba, Buenos Aires.

Nussbaum, Martha (2006), *El ocultamiento de lo humano. Repugnancia, vergüenza y ley,* Katz, Buenos Aires.

Observatorio Ciudadano Nacional del Feminicidio/OCFN (2018), *Implementación del tipo penal femicidio en México. Desafíos para acreditar las razones de género 2014-2017,* Católicas por el Derecho a Decidir A.C., México.

Peralta, José M. (2012). *Motivos reprochables: Una investigación acerca de la relevancia de las motivaciones individuales para el derecho penal liberal,* Marcial Pons, Madrid.

Peralta, José M. (2013). «Homicidio por odio como delitos de sometimiento», *InDret,* 4. Recuperado de https://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/270187/357763

Pérez, Mercedes (2018), «La caracterización del feminicidio de la pareja o expareja y los delitos de odio discriminatorio», Revista Derecho PUCP, 81, pp. 163-196. Recuperado de: http://www.scielo.org.pe/pdf/derecho/n81/a06n81.pdf

Ricaurte, Catherine (2019), *Argumentación y prueba en el mundo latino. Un punto de partida,* Universidad de Alicante. Recuperado de file:///Users/catherine/Downloads/tesis_catherine_ricaurte.pdf

Russell, Diana (1990), «Femicide: the Murder of Wives», *Rape in Marriage,* Indiana University Press, Bloomington.

Russell, Diana (2001), «Defining Femicide and Related Concepts», D. Russell y R. Harmes (eds.), *Fimicide in Global Perspetive,* Teacher's College Press, Nueva York.

Russell, Diana y Radford, Jill (eds.) (1992). *Femicide: The Politics of Woman Killing,* Open University Press, Buckingham.

Schneider, E., (2010). «Mujeres maltratadas y la elaboración de leyes feministas: definición, identificación y desarrollo de estrategias», J. Di Cortelo (comp.), *Justicia, género y violencia,* Librería Ediciones, Argentina.

Swerdlow, J.M. y Burns, R.H., (2003). «Right orbitofrontal tumor with pedophilia symptom and constructional apraxia sign», *Archives of Neurology* 60, pp. 437-440)

Taruffo, M., (2010). *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos,* Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires.

Taruffo, M., (2011). *La prueba de los hechos,* (4ta, edición), Trotta, Madrid.

Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, (2022), *45*
e-ISSN: 2386-4702 | ISSN: 0214-8676

Lo súbito como desafío a la imputación penal*

The Sudden as a Challenge to Criminal Imputation

Rodrigo Coloma Correa y Juan Luis Modolell González**

No importa de cuantas maneras lo intentes, no podrás encontrar el límite de la conciencia, tan profundamente se prolonga en todas las direcciones.

Heráclito

Autores:
Rodrigo Coloma Correa
Universidad Alberto Hurtado, Chile
rcoloma@uahurtado.cl
https://orcid.org/0000-0003-3347-7625

Juan Luis Modolell González
Universidad Alberto Hurtado, Chile
jmodolell@uahurtado.cl
https://orcid.org/0000-0002-8253-3729

Recibido: 28-1-2021
Aceptado: 13-6-2021

Citar como:
Coloma Correa, Rodrigo y Modolell González, Juan Luis (2022). Lo súbito como desafío a la imputación penal. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, *45*, pp. 277-305. https://doi.org/10.14198/DOXA2022.45.10

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

© Rodrigo Coloma Correa y Juan Luis Modolell González

Resumen

A partir de un accidente en una competencia ciclística, se realiza un ejercicio de reconstrucción acerca de la posible representación mental y de la voluntad presentes en el participante que lo provocó. El texto propone seis microhistorias de las que se profundiza en las dos más plausibles. Una de ellas pone el foco en las categorías estándar de la teoría del delito (imputación objetiva y subjetiva), y la otra en las particularidades de la reconstrucción psicológicamente más afinada. La primera se reconoce como propia de una perspectiva mecanicista y la segunda, de una contextualista. El mecanicismo constituye una aproximación que al prescindir de ciertos detalles facilita la inserción de nuevos casos dentro de un marco preestablecido y, por tanto representa bien ciertas concepciones de la dogmática penal; el contextualismo, en cambio privilegia construcciones que se hacen cargo de todos los matices y, por tanto, estimula una labor crítica de las categorías asentadas. El análisis es enriquecido con algunos hallazgos recientes en los campos de la psicología y la economía, esto es, las metáforas del pensamiento esforzado v/s automático, junto a las de visión de túnel v/s ancho de banda. Ambas contribuyen a una mejor comprensión del papel de nuestras intenciones en la imputación, por la vía de

* Este texto es realizado en el marco de las investigaciones de «*Imputatio*: Centro de Análisis sobre la atribución de intenciones y la imputación de responsabilidades» de la Universidad Alberto Hurtado.

** Agradecemos a Rubén Arias e Ignacio Coloma por contarnos del accidente y revisar la reconstrucción que ofrecemos, asumiendo la perspectiva de quienes practican el ciclismo con toda la seriedad que se merece. Agradecemos, además, los valiosos comentarios de Alejandro Calzetta y de Luis Emilio Rojas que nos han ayudado a afinar algunos puntos obscuros de las versiones preliminares. Agradecemos también la importante colaboración de Renato Lira en la revisión del texto. Por último y no por ello menos importante, agradecemos las agudas observaciones de los dos árbitros anónimos que nos obligaron a poner en funcionamiento nuestro sistema de pensamiento esforzado en aquellos espacios donde nos habíamos abandonado al embrujo del pensamiento automático. Los errores y faltas de prolijidad que aún subsisten son, por cierto, de nuestra responsabilidad.

reconocer relevancia al autocontrol, como al rango temporal a considerar en el análisis. Los problemas detectados invitan a revisar algunos aspectos de las teorías sobre la imputación en el derecho penal.

Palabras clave: Autocontrol; Decisiones automáticas; Dolo; Imputación; Relaciones entre palabras y pensamiento

Abstract

From an accident in a cycling competition, a reconstruction exercise is carried out on the possible mental representation in the participant that caused it. The text proposes six micro-stories, of which the two most plausible are explored. One of them focuses on the standard categories of theory of crime (objective and subjective imputation), and the other focuses on the particularities of the psychologically refine reconstruction. The first is recognized as belonging to a mechanistic perspective and the second, a contextualist one. The mechanism is an approach that by dispensing certain details, facilitates the insertion of new cases within a pre-established framework and, therefore, represents well certain conceptions of criminal dogmatics. Contextualism, on the other hand, privileges constructions that take care of all the nuances and, therefore, stimulates a critical work of the established categories. The analysis is enriched with recent findings in the fields of psychology and economics: the metaphors of strained thinking v/s automatic, and tunnel vision v/s bandwidth. Both contribute to a better understanding of the role of our intentions in the imputation, by recognizing the relevance of self-control, as well as the temporal range to be considered in the analysis. The problems detected invite us to review some aspects of the theories on imputation in criminal law.

Keywords: Self-control; Automatic decisions; Mens rea; Imputation; Words and thought relationship

1. EL CASO

Es mediodía del 5 de agosto de 2020 en Katowice. Parte de la población se ha volcado hacia las calles de la ciudad a la caza de un buen lugar para observar el desenlace de la primera etapa del Tour de Polonia. El recorrido a cubrir por los ciclistas es de 195,8 km. A las 12:27 horas, un pelotón de avanzada se aproxima a la meta. Dado que el punto de llegada se encuentra al final de una bajada, la velocidad de desplazamiento promedio es de aproximadamente 80 km/h. El holandés Dylan Gronewegen va en primer lugar. Solo le restan 40 metros para llegar a la meta. La gloria está al alcance de su mano, pero su compatriota Fabio Jakobsen viene muy cerca y podría arrebatarle el triunfo. Gronewegen circula próximo a las vallas publicitarias situadas al lado derecho de la calle. Jakobsen trata de introducirse por un estrecho espacio que ha quedado libre entre el líder y las aludidas barreras. Gronewegen se carga hacia su derecha y Jakobsen no frena sino que persevera en su embalaje final. El espacio resultante se torna demasiado estrecho y la bicicleta de Jakobsen se desestabiliza y cae cuando solo restaban dos metros para llegar a la meta. Varios de los que conforman el compacto pelotón de ciclistas cercano a los punteros caen también, incluso, el propio

Gronewegen. El accidente es grave y hay múltiples lesionados. A Jakobsen se le induce un coma y, luego de algunos días, sale de este. Las lesiones son de consideración, sobre todo, a nivel maxilo-facial, lo cual le afecta entre otras funciones, el habla.

El lapso que medió entre el intento de Jakobsen de introducirse por el espacio que quedaba libre entre Gronewegen y la barrera de contención, y el momento en que Jakobsen cayó fue inferior a 5 segundos. ¿Qué movió a Gronewegen a cambiar repentinamente su línea de desplazamiento generando con ello el referido accidente? El asunto es relevante a los efectos de analizar jurídicamente el caso. Como se sabe para la imposición de cualquier sanción es necesario adscribírselo o, más precisamente, imputárselo. En lo que inmediatamente sigue realizaremos un ejercicio hipotético acerca de lo que, probablemente, pensó y decidió Gronewegen al ejecutar la peligrosa maniobra. Comenzaremos descartando dos hipótesis que se sitúan en los extremos del universo de posibilidades y que exhiben un bajo nivel de plausibilidad.

a) *Ignorancia absoluta*. Gronewegen cambió de pista inadvertidamente: no se dio cuenta de lo que estaba haciendo. Esta opción será descartada ya que él es un ciclista profesional acostumbrado a participar en competencias internacionales, lo que requiere un alto nivel de concentración. Gronewegen sabe que reglamentariamente no está permitido cambiar su línea de desplazamiento en circunstancias en que cerca de él circulen otros ciclistas a alta velocidad, pues es posible provocar un accidente. Por cierto, Gronewegen pudo haber sufrido una momentánea pérdida de conciencia por deshidratación u otra causa, y con ello haber dejado de controlar el curso de los acontecimientos, pero no hay alegación ni prueba alguna que apunte en tal sentido.
b) *Conocimiento pleno*. Gronewegen planificó cuidadosamente el accidente: él quería lesionar severamente a Jakobsen, como también a otros participantes del Tour de Polonia. Esta opción será descartada también, pues es altamente improbable que Gronewegen haya previsto que en el momento del embalaje final, sería precisamente Jakobsen quien intentaría sobrepasarlo por un estrecho espacio que quedaba libre entre él y la barrera de contención (y a sabiendas de lo anterior, dirigió su conducta agresiva hacia Jakobsen para causarle la grave lesión).

Descartadas esas hipótesis, analicemos otras opciones que parecen más plausibles, pero no por ello, especialmente probables.

c) *Aprovechamiento de las circunstancias*. Gronewegen está próximo a la meta. Percibe que alguien amenaza sobrepasarlo: mira hacia el costado derecho y reconoce a Jakobsen. Gronewegen tiene cuentas pendientes con Jakobsen, y la situación se presenta inmejorable para provocar un accidente en que este último resulte severamente lesionado, pues sabe que difícilmente renunciará a

usar el pequeño espacio que queda entre él y la barrera. ¡La ocasión la pintan calva! Gronewegen desvía ligeramente el manubrio y Jakobsen cae.

d) *Confianza de que el otro evitará el accidente*. Gronewegen advirtió que un ciclista estaba próximo a sobrepasarlo. Él no identifica quién es (o quizás, sí, pero da lo mismo quien sea). Conoce a los demás competidores del tour. Todos ellos (él mismo también) frenarían si se les obstruye la pista por la que se están introduciendo, pues saben que si llegan a caer podrán resultar seriamente lesionados o, incluso, morir. Gronewegen sabe que arriesga ser descalificado si se cambia de pista, pero está seguro de que no provocará ningún accidente con su accionar. Algo inexplicable sucede, Jakobsen no se detiene y cae[1].

Las hipótesis de las letras c) y d) seguramente capturan bien las circunstancias de algunos accidentes, pero no parecen apropiadas para dar cuenta de una competencia como el Tour de Polonia. Por una parte, la coincidencia que se propone en la letra c) supondría un dilema que difícilmente sería resuelto en un par de segundos; y por la otra, todo ciclista profesional sabe que muchas veces se juega al límite y que Jakobsen, a su vez, podría pensar que el cambio de pista de Gronewegen constituye solo un amago y que de inmediato retomará su línea. Sigamos acercándonos más a lo que podría haber pensado Gronewegen y que le llevó a cambiar de línea:

e) *Asunción del riesgo*. Gronewegen advierte que otro ciclista está próximo a arrebatarle el primer lugar: sabe que si se cambia ligeramente de su línea, aquel no podrá sobrepasarlo. Gronewegen no sabe, en cambio, si su rival frenará o perseverará en su intento, lo cual podría provocar la caída de este, de sí mismo, o de ambos. Por supuesto, él desea que su rival frene, pero no está del todo seguro que lo hará. Hay un riesgo de accidente y él está dispuesto a asumirlo.

f) *Descontrol de la conducta propia*. Gronewegen advierte que otro ciclista está próximo a sobrepasarlo. Para sus adentros exclama: ¡Maldición, estoy tan cerca de ganar esta etapa y es posible que me pasen en el último segundo! Sin tener claridad respecto a qué es lo que el mismo pretende –¡lleva pedaleando 195 km a un ritmo agotador!– empieza a cargarse a su derecha cerrándole la pista a Jakobsen. De alguna manera, está consciente de que está haciendo algo incorrecto, pero sus manos realizan la acción sin recibir una orden terminante de su cerebro respecto a lo que de ellas se espera (pareciera que no comanda plenamente sus actos). Es todo tan rápido que no alcanza a representarse el efecto que su maniobra llegará a producir. Cuando ya varios están en el suelo

1. Al observar la filmación de los metros finales se advierte que otro ciclista que va un poco más atrás extiende su codo para impedir ser sobrepasado por otro participante y, este último baja la velocidad para evitar un accidente.

se lamenta: ¡cómo he provocado este desastre!, ¡si pudiera tan solo retroceder algunos segundos y revertirlo![2]

2. ¿CUÁN LEJOS PODEMOS LLEGAR EN NUESTRAS EXPLICACIONES? ANÁLISIS PROBATORIO Y DOGMÁTICO

En esta parte se presentarán distintas formas de argumentar en favor o en contra de las dos últimas micro-historias que hemos calificado como las más plausibles. Para el análisis tendremos en cuenta la tensión que suele producirse entre una perspectiva especialmente deferente hacia los datos disponibles y de las inferencias que nos encontramos en condiciones de hacer; y otra que presta particular atención a las categorías jurídicas asentadas en la dogmática para, desde ahí, abordar casos como los señalados. La primera aproximación, a la que llamaremos contextualista, presenta la ventaja de que la conducta que finalmente será adscrita a Gronewegen debiera resultar suficientemente legitimada desde una perspectiva epistémica estándar; en otras palabras, hay una apertura teórica hacia que los hechos podrían no ajustarse cabalmente a distintas categorías preestablecidas acerca del comportamiento humano, pero sí a las pruebas rendidas. Esta perspectiva suele traer aparejado, eso sí, el problema de que los hechos probados podrían no calzar del todo bien con lo normativamente regulado y, a la vez, la reconstrucción de la conducta atribuida podría quedar abierta a la concurrencia de más de una posibilidad y, por tanto, precisaría clausurar una o más de ellas mediante la aplicación de un estándar de prueba[3] cuyos contornos –como se sabe– siempre resultan difusos. La segunda aproximación a la que llamaremos mecanicista[4] presenta, por su parte, ventajas y desventajas en una dirección opuesta a las recién señaladas. Por una parte, la conducta atribuida es relativamente fácil de relacionar con lo normativamente estipulado lo cual suele propender a un elevado nivel de fineza analítica (el análisis conceptual depura y profundiza las categorías seleccionadas); pero, por la otra, la reconstrucción de lo sucedido puede no resultar suficientemente consistente con las

2. Un factor interesante de considerar –y que daría mayor plausibilidad a esta última opción– es que el Tour de Polonia se realizó en un año de pandemia en que el entrenamiento de los ciclistas no fue en ruta, sino con la bicicleta montada en un rodillo frente una pantalla que simula circuitos. Aquello, al parecer, incidió en una pérdida de fineza en las maniobras de muchos ciclistas, lo que se vio reflejado en una mayor cantidad de accidentes en distintas competencias.
3. La concepción mecanicista, por cierto, reconoce también el papel la relevancia de los estándares de prueba, pero no suele llegar tan lejos en la dimensión constructiva a ellos asociada.
4. Stephen Pepper (1942: 186-279) propone el contextualismo y mecanicismo (junto al formismo y organicismo) como trasfondo de distintas maneras de formular hipótesis acerca del mundo y de corroborarlas. Su perspectiva, por supuesto es mucho más amplia de la que aquí se explora, no obstante lo cual hay algunas importantes coincidencias que propician la elección de dichas nociones para representar distintas maneras de enfrentar la construcción de conocimiento (o prueba de los hechos) en un proceso judicial.

pruebas disponibles, ya que nuestras categorías nos predisponen a situar los datos en los puntos de llegada más estudiados[5].

Ahondando un poco más, podría decirse que la perspectiva contextualista recién anunciada está poco dispuesta a dividir el problema que tenemos enfrente en múltiples elementos estereotipados, sino intenta abordarlo como un todo que, perfectamente, podría no ajustarse a patrones pre-establecidos. En otras palabras, trata de relacionar todo aquello que forma parte del acontecimiento intentando una explicación que se haga cargo de la interacción entre diferentes variables que lo componen[6]. Por cierto, el contextualismo hace un juicio de relevancia acerca de algunos elementos que *prima facie* resulta discutible afirmar que deban ser considerados en el análisis, pero una vez que acepta su relevancia buscará cómo articularlos reconociendo interacciones recíprocas. Por su parte, la perspectiva mecanicista está llana a la fragmentación, a evaluar cada elemento de manera independiente, lo que la impulsa a encontrar puntos en común con acontecimientos que nada tendrían que ver entre sí, en la medida que no renunciemos a los detalles. De esta manera, construirá categorías comunes como lo son las de imputación objetiva o dolo –a lo más diferenciándolas en unas pocas sub-categorías– las que le permitirán comparar situaciones tan disímiles como el mencionado accidente del Tour de Polonia, el atentado al archiduque Francisco Fernando en Sarajevo, o el robo de La Gioconda el año 1911.

Acorde a lo indicado, la perspectiva contextualista tiende a prestar atención a todo aquello que participa del caso concreto, y a la dispersión de casos semejantes aun cuando compartan elementos comunes. La perspectiva mecanicista, por su parte, tiende a la fragmentación del evento en concreto y busca, en cambio, lo que une casos diferentes[7].

5. A propósito de los mecanicistas en el campo de la historiografía, observa Hayden White (2014: 27) que: «Para él, las entidades individuales son menos importantes como evidencia que las clases de fenómenos a los que puede demostrarse que pertenecen; pero esas clases a su vez son menos importantes para él que las leyes que supuestamente sus regularidades ponen en evidencia».
ón de nuestros puntos de vista y argumentaciones–y que, a la vez, se sitúa en lo que ocurre en el mundo de los tribunales de justicia– puede verse en Ámsterdam y Bruner (2000: 19 y ss.).
6. Nuevamente Hayden White (2014: 27), indica al respecto: «[L]os contextualistas insisten en que "lo que sucedió" en el campo puede ser explicado por la especificación de las interrelaciones funcionales existentes entre los agentes y las agencias que ocupan el campo en cualquier momento determinado».
7. David Bohm (2018: 20-21) ha llamado la atención acerca de la tendencia a fragmentar las cosas y que, en ciertos casos, derivaría en excesos. Dice textualmente: «Siempre ha sido necesario para el hombre, y propio de su pensamiento el dividir las cosas hasta cierto punto, y el de separarlas para reducir sus problemas a unas proporciones manejables, porque, es evidente que, si intentáramos tratar con toda la realidad a la vez en nuestra técnica práctica, nos estancaríamos en ella… (El ser humano) ha perdido la consciencia de lo que está haciendo y, por tanto, ha extendido el proceso de división más allá de los límites dentro de los cuales funciona correctamente».

2.1. Decidir hechos desde las pruebas disponibles. Un guiño al contextualismo

La perspectiva contextualista reconoce que cada conducta humana –pese a los innegables parecidos de familia que se presentan entre algunas de ellas– es de cierta manera única, y vale la pena esforzarse por identificar diferencias, sobre todo si de ello se derivan ventajas explicativas o de otra naturaleza. Se trata de una perspectiva que huye de las regularidades propias de una concepción mecanicista (o, si se prefiere, integrativa[8]) del mundo. Acorde a ello, pone en entredicho una serie de presupuestos desde los cuales solemos operar, como lo son, la racionalidad económica u otras maneras de reducir la diversidad que –huelga decirlo– han favorecido decididamente el impresionante desarrollo tecnológico de los últimos siglos[9]. Isaiah Berlin (2017: 54) da buena cuenta de la perspectiva contextualista a propósito de la tarea de los historiadores:

> […] lo que el historiador quiere destacar es lo que es particular, único, de un carácter o de una serie de acontecimientos o una circunstancia histórica determinada, de manera que el lector, ante tal relación, sea capaz de comprender la situación en lo que se denomina su 'concreción', es decir, cómo ocurrió en ese tiempo particular, en el lugar particular, en el marco general de los acontecimientos particulares en el que la misma, y solo ella misma, se dio […]

Por cierto la perspectiva contextualista no reniega la posibilidad de clasificar diferentes conductas dentro de categorías comunes, es decir, no hay problemas en sostener que Gronewegen provocó un accidente: lo mismo que Francesco Schettino cuando desvía la trayectoria del crucero Costa Concordia, o que la activista por el voto femenino, Emily Davison, cuando se interpone en la trayectoria del caballo del rey Jorge V en el Derby de Epsom de 1913; pero, a la vez, llamará la atención respecto a que cada uno de los accidentes mencionados son muy diferentes. Para los contextualistas incurriríamos en un reduccionismo imperdonable, entonces, si no prestamos la atención a los matices[10].

8. Según Pepper (1942: 141-146) tanto las hipótesis mecanicistas como organicistas, tienden a ser integrativas, antes que dispersivas. Esta preferencia se traduce en una tendencia de las hipótesis mecanicistas hacia la abstracción.
9. Koyré (1994: 117-145) ante la pregunta de por qué la ciencia griega no sirvió de base a una tecnología acorde a sus notables avances, sugiere que quienes la practicaban no creían que esta última fuere posible. Para disponer de una tecnología debemos reducir los fenómenos a regularidades, lo cual supone simplificarlos y ser capaces de medirlos. En otras palabras, debemos adaptar la realidad a nociones rígidas. Aquello ha funcionado en disciplinas como la física, la biología o la química, pero resulta bastante complejo si lo que queremos encasillar es el comportamiento humano, más allá del éxito de algunas teorías en psicología, economía o historia que, por lo demás, debemos revisar constantemente. El concepto de dolo al reducir creencias e intenciones a unas pocas categorías, ayuda a estandarizar, pero requiere constantes revisiones si pretende hacerse cargo de lo que efectivamente creen y desean los individuos.
10. La exigencia de singularización de cada conducta no solo tiene sentido en el caso de la historia, sino también para disciplinas que tratan de la normatividad, como lo es el derecho. Esto fue argumentado ya a fines de la década del '50 por Hart y Honoré (1985: 9-129). Los autores sostienen que las disciplinas que llamamos ciencias sociales, siendo la historia y el derecho los casos paradigmáticos, usan un concepto propio de causalidad el cual, a diferencia del de las «ciencias duras», no se ocupa de

Un punto importante a enfatizar para la adecuada comprensión del contextualismo, se relaciona con que no constituye, propiamente, una forma de radical de relativismo, ni tampoco la renuncia a la capacidad de abstraer. Respecto a lo primero son ilustrativos algunos de los planteamientos de Michael Williams (2007: 99 y ss.) a partir de fragmentos de Wittgenstein en su postrera obra, *Sobre la certeza*. Es cierto que su preocupación es eminentemente epistémica, pero contribuye a mitigar el impacto de un pesimismo desbordado, a propósito de la posibilidad de construir categorías requeridas por las disciplinas para diferenciar familias de problemas. Para el contextualismo es importante identificar adecuadamente sobre qué estamos realmente discutiendo y resolver los problemas metodológicos que trae aparejada toda propuesta de respuesta que aspire a ser aceptada como justificada sin incurrir en alguna forma de fundacionalismo[11].

Teniendo en cuenta las categorías del contextualismo y mecanicismo, regresemos al accidente en el Tour de Polonia. Disponemos como dato –desde el cual es posible construir un relato relevante– una filmación de la parte final de la etapa que termina en Katowice[12]. En ella se puede observar los cambios de posición de los participantes y la caída de varios de los ciclistas que formaban parte del pelotón de avanzada. Podemos detener las imágenes y repetirlas cuantas veces queramos. También contamos con la declaración de otro participante acerca de la velocidad de desplazamiento[13], de la magnitud de la lesión sufrida por Jakobsen[14], y del trazado de la llegada de la etapa que finaliza en Katowice. No disponemos, en cambio, de información fidedigna acerca de aquello que habría pensado, creído y decidido Gronewegen cuando Jakobsen se le acercaba. Según se indicó al anunciar el problema, es posible que ni el propio Gronewegen tuviese mucha claridad acerca de estos últimos datos, tanto porque el pensamiento, la

determinar todos los eventos que pueden ser entendidos como causas de un efecto, sino que se ocupa de tratar de determinar si es posible imputarle a un sujeto la realización de un evento determinado. Esto independientemente de toda la cadena causal tal cual se la entiende en las «ciencias duras». En la medida que la reconstrucción de una conducta se haga cargo de la mayor cantidad de matices posibles, la reacción que se asocie a ella podrá ser más específica (no olvidemos que aparte de las distinciones que ofrecen los códigos y la dogmática que permiten distintos niveles de especificación, los jueces suelen estar autorizados para fijar penas dentro de un rango temporal relativamente amplio). Así las cosas, una perspectiva contextualista podría asociarse a una concepción de justicia según la cual *cada uno debe recibir o soportar lo que le corresponde según han sido sus méritos o deméritos*. Sobre distintas concepciones de justicia puede verse, entre otros (Ross, 1994: 261 y ss.); (Kymlicka, 2002); (Sandel, 2011); (Gargarella, 1999).

11. Recientemente, Florencia Rimoldi (2020: 74 y ss.) ha propuesto el uso de las distinciones de Michael Williams para entender mejor los intercambios epistémicos entre jueces y peritos.
12. Entre otras https://www.youtube.com/watch?v=j2ZnLyLTVi8 Última revisión el 10 de noviembre de 2020.
13. Eduard Prades, otro de los ciclistas que cae, indica que revisó la velocidad al momento de su caída e iba a 81km/h. https://as.com/ciclismo/2020/08/08/mas_ciclismo/1596875676_108193.html Última revisión el 20 de diciembre de 2020.
14. El día 24 de diciembre de 2020, Jakobsen concede entrevista a *The Algemeen Dagblad* en que cuenta de su actual estado de salud. Ver en https://www.emol.com/noticias/Deportes/2020/12/25/1007651/Crudo-relato-de-Fabio-Jakobsen.html Última visita 28 de diciembre de 2020.

creencia y la decisión probablemente fueron poco nítidos para él, como también porque la información posterior recibida y la reflexión que hace de su comportamiento podrían modificar el recuerdo de aquello que realmente experimentó (Loftus, 1996: 52 y ss.). Tampoco tenemos un historial de Gronewegen que nos permita calificarlo como impulsivo, descuidado, irresponsable o con escasa aversión al riesgo[15]. Así las cosas, podríamos inventar un personaje que calce bien con aquella conducta que es observable en los últimos metros de la etapa de Katowice. Desde una perspectiva contextualista aquello podría ser interesante, pero no autorizaría a dotar de definitividad a la versión que propongamos. Y, como bien sabemos, en una sentencia no deben permanecer abiertos ciertos asuntos relevantes como aquellos de los que estamos tratando.

En cuanto al juicio de posibilidades respecto de lo que pudo pensar, creer y decidir Gronewegen, pareciera que aplica bien lo que Mullainathan y Shafir (2016: 9 y ss.) han llamado «visión de túnel», en contraposición a una perspectiva según la cual el ciclista enfrentado a la toma de una decisión muy rápida habría conservado un suficiente «ancho de banda». La visión de túnel de Gronewegen sería consistente con un estado que estos mismos autores llamarían de «escasez» en lo que atañe a la energía que está en condiciones de imprimir al embalaje, pocos metros antes de llegar a la meta[16]. De lo que se trata, es que la ínfima diferencia de tiempo que separa a Gronewegen de sus rivales lo lleva a desentenderse de cualquier circunstancia que pudiera conspirar en contra del logro de su objetivo. Claramente el análisis moral y jurídico respecto de una conducta que se habrá de decidir en un par de segundos (cambiar su línea de desplazamiento) representa una distracción para su logro y lo haría salirse del túnel en el cual ha puesto todas sus energías (*llegar antes que los demás a la meta*). Por cierto, la visión de túnel no trae consigo que la única opción sea modificar ligeramente su trayectoria, pues Gronewegen podría intentar imprimir un poco más de energía a su ya agotado cuerpo, pero cambiar de línea de desplazamiento está dentro de las muy humanas posibilidades[17] que se le ofrecen para alcanzar su objetivo[18].

15. El historial de aversión al riesgo, impulsividad, etc. podrían tener interés en la medida que apunten a que Gronewegen tiene una mayor propensión a la realización de conductas riesgosa que la media de los ciclistas. Hay, en todo caso, algunas declaraciones que califican a Gronewegen como un ciclista agresivo. Ver (Schauer, 2003: 10 y ss.)
16. En situaciones de escasez los individuos tienden a confiar más en los valores que han ido internalizando, antes que en un análisis más amplios del contexto al que se están viendo enfrentados (Sha, Shafir y Mullainathan, 2015: 403, 409 y 410). La metáfora de la visión de túnel ha sido usada en el ámbito jurídico para dar cuenta de sesgos que afectarían la gestión de pruebas y toma de decisiones en los procesos criminales. Una de sus expresiones más palmarias es el sesgo de la confirmación que propende a favorecer la información en favor de un punto de vista tempranamente adoptado y a minimizar la que lo pone en duda. El problema no sería solo de los intervinientes, sino también sería impulsado por el diseño institucional. Ver (Findley y Scott, 2006: 291-397) y recientemente (Beltrán, 2021: 17-58).
17. En entrevista ya referida en nota 15, Jakobsen indica que si Gronewegen le hubiera cerrado el paso un poco antes habría alcanzado a frenar.
18. La visión de túnel afecta la capacidad cognitiva, es decir «la capacidad de pensar lógicamente, y analizar y resolver problemas nuevo independientemente del conocimiento previo» y el control ejecutivo, es

Acorde a lo señalado y no disponiendo de más información, la reconstrucción propuesta en la letra f) pareciera funcionar medianamente bien. Gronewegen ha hecho un gran esfuerzo por alcanzar el liderato de la primera etapa del Tour de Polonia, las energías que le quedan son escasas, pero su propósito de obtener el primer lugar lo hacen perseverar en su tarea (la visión de túnel le ayuda a no desfallecer), ve que en los últimos metros puede ser superado por un rival que se aproxima aprovechando un espacio muy estrecho que queda a su lado derecho, no hay tiempo para la deliberación y cambia –sin tener mucha claridad ni escrúpulos acerca de lo que podrá pasar– su línea de desplazamiento[19]. En condiciones normales (holgura), difícilmente haría una maniobra tan peligrosa ya que van a 80km/h y una caída podría ser fatal. Así las cosas, la maniobra realizada no es fácil de encasillar ya sea, como intencional o como imprudente. Él está jugando al límite del riesgo. En el pasado otros han realizado conductas parecidas y no han provocado daño alguno; en cambio, otros que han realizado lo mismo han causado graves daños. ¿En cuál grupo quedará su acción? Sencillamente no lo sabe. Antes de seguir en ello, pasemos a la reconstrucción que calza mejor con el punto de vista mecanicista.

2.2. Decidir hechos desde las normas aplicables. Sobre el mecanicismo o la responsabilidad penal dependiente de las categorías preestablecidas

Para abordar un problema como el que ha sido esbozado, los juristas aspiran a encontrar una forma de acoplamiento que se haga cargo, por una parte, de las disposiciones jurídicas válidas (fuentes del derecho) y, por la otra, de las pruebas disponibles. Ya que la brecha entre ambas es muy extensa deberán realizar un esfuerzo de acercamiento entre los extremos señalados; ello en términos que confluyan en un enunciado que obedezca a una forma tan simple como podría serlo «la conducta de Gronewegen constituye un caso particular (X_5) del caso genérico (X), cuya consecuencia es la pena (S)». Si aquello se logra se podría entender como un éxito argumentativo, pues la sanción que se impondría sobre Gronewegen deriva de lo que, en su momento, dijo el legislador y de aquello que se ha probado que realizó el propio Gronewegen.

La tarea creativa de los tribunales de justicia, de las abogadas, testigos y peritos quedará invisibilizada, por aquello que podríamos llamar, por una parte, la depuración de un significado de las disposiciones que se hace aparecer como determinada por estas[20]

decir la capacidad de abstenerse o simplemente, el autocontrol. (Mullainathan y Shafir, 2016: 69 y ss.)

19. En su cuenta de Twitter, Gronewegen habría escrito: «Odio lo que pasó ayer. No puedo encontrar las palabras para describir cuánto lo siento por Fabio y otros que han sido arrojados o golpeados. Por el momento, la salud de Fabio es lo más importante. Pienso en él constantemente».

20. Pese a que es un punto de vista escasamente persuasivo, la tarea interpretativa intenta ocultar toda la imaginación que hay tras de ella haciendo mención a que lo que se hace es descubrir el verdadero

y, por la otra, la construcción de un discurso eminentemente inferencial extraíble desde las pruebas y que se hace calzar con el significado de las disposiciones. Esto último no es a costa de renunciar a lo que podría llamarse el «efecto realidad», es decir de una clase de representación que estamos dispuestos a reconocer como lo que *verdaderamente* sucedió[21]. Pero, como Ud. seguramente advertirá, las cosas son mucho más complicadas de lo que nos gusta hacer aparecer.

De las dos microhistorias propuestas como las más plausibles nos focalizaremos ahora en la de la letra e) pues, en principio, resulta sencilla a los efectos de hacerla calzar con las soluciones disponibles desde la dogmática penal: *Gronewegen advierte que otro ciclista está próximo a sobrepasarlo. Sabe que si se cambia ligeramente de su línea, aquel no podrá sobrepasarlo. Gronewegen no sabe si su rival frenará o perseverará en su intento, lo cual podría provocar la caída de este, de él mismo, o de ambos. Por supuesto, él desea que su rival frene, pero no está del todo seguro que lo hará. Hay un riesgo de accidente y él está dispuesto a asumirlo.* Se puede, incluso, asumir como variante del caso: *Gronewegen confía que al achicarle el espacio de adelantamiento a Jakobsen, este desistirá de su intento ya que se produciría un grave accidente. Por lo tanto, mentalmente descarta la posibilidad del accidente*.

Según hemos adelantado, la dogmática penal se preocupa no solo de depurar las normas desde las cuales se extraen conductas genéricas prohibidas, obligatorias o permitidas, sino también de legitimar formas de adscribir conductas concretas a sujetos específicos (imputación). Para ello, la ciencia jurídico-penal ha creado categorías abstractas para el análisis y agrupación de los hechos comunes, facilitando al intérprete la labor de aplicación de la ley a los casos concretos[22]. En tal sentido, una de las características de la dogmática penal moderna, de «cuño germánico» como se la ha denominado, es haber creado un sofisticado arsenal de conceptos y categorías, ordenados lógicamente, con el fin de simplificar la subsunción en el supuesto de hecho legal[23]. Además, se supone que una forma de análisis semejante garantizaría el principio de justicia, según el cual los casos «jurídicamente iguales» son tratados de forma similar[24].

---

sentido y alcance de los textos del legislador. Así las cosas el nuevo texto se presenta como equivalente al original. Ver por todos Chiassoni (2011: 56 y ss.; 138 y ss.)

21. La expresión «efecto realidad» la tomamos de Barthes (1987: 174-175).
22. El concepto abstracto-general es imprescindible para la ciencia jurídica ya que «allí donde el legislador ha empleado sólo, por ejemplo, representaciones, subsana la indeterminación legal y hace más fácil la tarea de averiguar qué es lo que rige en base al Derecho» (Gimbernat, 2009: 90). Este método de subsunción representa una de las manifestaciones de la llamada interpretación sistemática: adecuar los sucesos concretos en el sistema dogmático previamente establecido (Gimbernat, 2009: 59 y ss.).
23. Sobre la dogmática y su rol creativo se ha escrito mucho. Solo, a modo de ejemplo, Nino (1991: 321-347).
24. Señala Gimbernat (2009: 90 y ss.): «Pues sólo por medio de la abstracción es posible –determinando dónde están los rasgos esenciales y dónde los accidentales de los supuestos de hechos concretos– identificar los acontecimientos jurídicamente iguales que exigen un tratamiento igual. La falta de abstracción, por el contrario implica la imposibilidad de distinguir dónde se hallan las características comunes que

En el desarrollo precedente se ha deslizado la idea de que la dogmática penal presenta una forma de elaboración y de validación que parece calzar con una forma de comprensión del mundo de carácter mecanicista. Por cierto, la afirmación podría no ser del todo certera para dar cuenta de los distintos textos calificables como de dogmática penal, pero sí habría una tendencia general en esa dirección, esto es, se trataría de un trasfondo común de la disciplina, y salirse de aquel podría redundar en pasar a ocupar una posición fuera del *mainstream*, aunque no por ello de escaso interés. Siguiendo la propuesta de Pepper (1942: 82 y ss., 186), la metáfora base que aplica al mecanicismo es la de una máquina, como es el caso de un reloj o de una dínamo. Más ilustrativo que dicha imagen con la que Pepper trata de acercar a las hipótesis sobre el mundo al sentido común, son las características que asocia al mecanicismo, esto es, de ser analítico (las partes constituyen la base y el todo es un derivado), e integrativo (se asume que los hechos se encuentran relacionados y el orden es categorial) (Hayes et. al. 1988: 98).

La metáfora de la máquina con la que se da cuenta del mecanicismo, por cierto, parece demasiado exigente si se quiere referir a ciertos presupuestos desde lo que se parte en la dogmática, sobre todo en la teoría del delito. Si se tiene en consideración los esfuerzos por los dogmáticos para afrontar diferentes desafíos que les son planteados, se advierte que hay una tendencia en salvar las categorías, incluso si los casos planteados resultan anómalos. Solo en algunas escasas excepciones la dogmática, de alguna manera renuncia a hacer calzar el problema dentro de las casillas preestablecidas, como ocurre, por ejemplo, cuando habla de excusas absolutorias. Se trata, por cierto, de problemas incómodos, pero que en razón de que operan en casos excepcionales, no parece necesario revisar toda la teoría. Se advierte, entonces, una primacía de la precisión (que todo calce dentro de la teoría y si no calza lo dejamos fuera, hasta que algo se nos ocurra), por sobre el foco, es decir, hacerse cargo del problema en toda su complejidad, sin renunciar a que algo sencillamente no calce con nuestras categorías (Pepper 1942: 146). Por ejemplo, los amplios espacios de penumbra que afectan a un concepto como el de dolo tratan de ser domesticados con distintos niveles de éxito. Así, hablar de dolo directo o de las consecuencias necesarias, pareciera poner mucho menos en riesgo la metáfora de una máquina a la cual se introducen ciertos inputs y desde la cual se extraen ciertos outputs, que o que ocurre con la escurridiza noción de dolo eventual. Pero tomarse demasiado en serio la complejidad del dolo eventual podría poner en riesgo el carácter integrativo de la teoría.

En sistemas que podríamos calificar como más toscos, menos elaborados, no habría reparos en que el nexo causal trazable entre la realización de ciertos movimientos (o la ausencia de ellos) y un cierto resultado indeseable sea suficiente para resolver el problema de la imputación y una posible responsabilidad. Pero en el mundo de lo penal, la

permiten subsumir bajo un concepto general toda un serie de casos concretos; su consecuencia es una práctica contradictoria que trata desigualmente supuestos de hecho jurídicamente iguales».

responsabilidad objetiva (responsabilidad por la sola causación) no es bien vista, de allí que se hayan creado una serie de baremos objetivos y subjetivos, para la determinación de dicha responsabilidad.

2.2.1. Imputación objetiva del resultado

A los fines de atribuirle a Gronewegen el resultado causado (grave lesión de Jakobsen), el primer aspecto a tratar sería analizar si su maniobra infringió alguna norma deportiva, o si socialmente sería adecuada a la competencia ciclística. Si bien lo relativo al incumplimiento del reglamento deportivo parece evidente, lo segundo no es tan claro. En efecto, la arriesgada maniobra de Gronewegen podría interpretarse como una forma de intimidación contra Jakobsen para evitar ser desplazado, lo cual acostumbra a realizarse en competencias similares. Así, por ejemplo, en las carreras de caballos los jinetes que van en la punta faltando pocos metros para la llegada, suelen cambiar levemente su línea de carrera para evitar que otros ejemplares les rebasen. De esta forma, el jinete que intenta pasar al puntero se verá en la obligación de contener un poco su cabalgadura perdiendo una preciosa fracción de segundo que podría incidir en no alcanzar la victoria. Esta maniobra debe hacerse de manera que los jueces de la competencia no la aprecien como «falta», por obstaculizar la trayectoria del otro ejemplar, ya que ello acarrearía la descalificación del puntero que mantuvo la delantera al traspasar la meta. Los jinetes en las competencias equinas tienen asumido que estos actos pueden ocurrir y saben cómo reaccionar ante ellos (no dejándose intimidar), asimismo ellos también están dispuestos a utilizarlos para «defender la punta» y triunfar en la prueba. En el ámbito hípico, incluso, se vería mal que un jockey no haga todo lo posible para ganar, incluso al límite del reglamento. No hacerlo despertaría sospechas de deshonestidad (¡no quería ganar!). Otro ejemplo: en las carreras de Fórmula 1 los conductores suelen aproximar sus autos a otros competidores para amedrentarles, ya sea cerrándoles el espacio de adelantamiento en una curva, o directamente acelerando para tomarla antes que el rival, aun cuando a pocos metros tengan que bajar la velocidad para mantener el control del automóvil (la aceleración será suficiente para disuadir a su rival).

Desde cierta perspectiva, los espectáculos deportivos se asemejan a una obra de teatro donde los participantes interpretan roles y viven en un mundo lúdico y fantástico. Aun siendo una profesión para muchas personas, es innegable que al participar del juego los intervinientes se trasladan a «otro mundo», de cierta forma ficticio, que se rige por sus propias reglas. Este especial contexto debe tenerse en cuenta, desde nuestro punto de vista, a la hora de imputar determinados resultados a los participantes de una competencia (Modolell, 2021: 421 y ss).

Las maniobras riesgosas para la vida e integridad física de los rivales en una competencia deportiva[25] podrían caber en lo que la doctrina penal llama «conductas toleradas penalmente» (Modolell, 2021: 420 y ss.)[26]. Se trataría de comportamientos realizados al límite de los reglamentos, o incluso en contra, que ponen en riesgo bienes jurídicos pero que forman parte de la propia competición. Castigar penalmente dicha conductas riesgosas a título de tentativa (vgr. de lesiones), haría poco viable la práctica del deporte (Modolell, 2021: 427)[27]. Así las cosas, un partido de fútbol donde todos los participantes se comporten con un nivel de cuidado equiparable al que es de esperar cuando nos desplazamos por una vereda o en un centro comercial (cuidando de no topar a nadie, etc.), sería seguramente el partido más aburrido de la historia. Desde la antigüedad, los deportes practicados entre equipos o jugadores rivales se consideran duelos, luchas, en la cual el triunfo como objetivo implica la derrota del contrario. Resulta obvio que en una actividad semejante, desempeñarse en la frontera difusa que separa lo permitido de lo prohibido forme parte natural de ella[28].

Igualmente, la ponderación entre el castigo penal y el desarrollo de la libertad obliga a la impunidad de los daños que no acarrean consecuencias graves para los deportistas (Modolell, 2021: 423). En efecto, la referida tolerancia social se extendería a la propia lesión de bienes jurídicos distintos a la vida o la salud individual (e incluso dentro de la afectación a esta última, cuando no tiene carácter grave) (Modolell, 2021: 424 y ss.). De esta manera, las injurias entre jugadores rivales durante la competencia, una patada al contrario en el partido de fútbol sin mayores consecuencias, serán indudablemente

25. No deja de ser ilustrativo que las maniobras, en ocasiones, podrían incluso ser auto-destructivas, es decir, el propio competidor es el que se pone en riesgo en su intento de alcanzar la punta, evitar un gol, etc. Esto nos da algunas luces de lo excepcional que puede llegar a ser el comportamiento de los participantes, quienes se ven afectados de lo que hemos llamado «escasez» o «visión de túnel».
26. En el ámbito del Derecho penal, los hechos tolerados socialmente se caracterizan porque si bien no son beneficiosos para la sociedad, y se subsumen literalmente en la descripción penal de las conductas prohibidas, dicho colectivo social los soporta («deja pasar») en razón de su escasa trascendencia. Al respecto: (Roxin, 1997: 1034); ya antes, (Roxin, 2002: 73 y ss.); (Mir Puig, 2015: 536).
27. Desde cierta perspectiva, podría sostenerse que la imputación objetiva de conductas en las prácticas deportivas, en cuanto se desentiende de la relevancia penal de la realización de conductas peligrosas en las que no se produce un resultado dañoso, constituyen un incentivo para que los participantes pongan todo de su parte para obtener la victoria; es decir, se coloquen en una situación propia de «escasez» en la que el propósito casi exclusivo sea la superación a sus rivales.
28. Es ilustrativo que una de las jugadas más famosas de la historia del fútbol es la conocida como «la mano de Dios» en la que Diego Armando Maradona supera al portero Peter Shilton de Inglaterra, tocando el balón con la mano, pero en una posición en que el árbitro no alcanza a ver la infracción y considera que el gol es válido. Aparte de que el acto representa una manifestación de la actitud de ganar como sea, presente en gran parte de los deportistas, dicha jugada es vista por muchos con un cierto nivel de simpatía, como el triunfo de la astucia y no como una conducta prohibida que merece el reproche social. Incluso, en el fútbol ha habido insultos, mordidas, tocamientos, etcétera, que no son reprochadas por los espectadores, sino defendidas desde la pasión que el deporte es capaz de generar (ver https://www.espn.cl/futbol/uruguay/nota/_/id/7337255/la-noche-en-que-mujica-espero-a-luis-suarez-nunca-voy-a-dejar-a-un-botija-como-el-solo). Lo expresado no obsta a que haya conductas que superan lo que hasta los más fanáticos son capaces de defender.

hechos sancionables por la autoridad deportiva. Sin embargo, los espectadores y los propios participantes consideran esas acciones como connaturales al evento deportivo, aun cuando literalmente podrían ser subsumidas en una ley penal. La aceptación de dichas conductas como parte de la actividad explicaría por qué no lleguen a ventilarse en un juicio penal (Modolell, 2021: 420 y ss.). Ellas no configurarían el aspecto objetivo del tipo de lesiones, por mencionar alguno.

No obstante, desde el punto de vista jurídico-penal, consideramos que la tolerancia social de las conductas antirreglamentarias en el ámbito deportivo se condiciona por las consecuencias que acarrea. Así, cuando un deportista practica su actividad al margen del reglamento que la rige, su actuación adquiriría relevancia penal en función del resultado causado. La tolerancia penal de conductas deportivas antirreglamentarias riesgosas pero inocuas en sus efectos, lleva como contrapartida que el jugador cargue con las consecuencias penales de su acto infractor si llega a producir una lesión grave de la integridad física del rival o afecte su vida. Actuar de forma antideportiva coloca al infractor en situación que ameritaría la imputación de la lesión (grave), aunque la producción del resultado dependa del azar. Quien confía en su suerte al jugar antirreglamentariamente debe contar con que la diosa fortuna no siempre le sonría y pueda ocasionar un perjuicio grave que exija una contundente reacción penal por parte del Estado. Por lo tanto, competir al margen de las normas deportivas confiando en un aleatorio destino favorable sería un acto irracional (Modolell, 2021: 428).

Sin embargo, ¿supeditar la posible responsabilidad penal del deportista que actúa de forma antirreglamentaria a la causación del resultado grave, no implicaría precisamente dar relevancia a la suerte para la determinación de aquella? Piénsese en el supuesto de que el acto de Gronewegen solo hubiese causado la caída de los ciclistas sin mayores consecuencias que lamentar, ¿se hubiese formado el mismo escándalo, o sería una simple anécdota deportiva del Tour del Polonia? Resulta obvio que el azar tiene que ver tanto en la causación como en la gravedad del resultado lesivo (Modolell, 2021: 426)[29]. El asunto, en todo caso, no debiera sorprendernos en demasía, pues la suerte suele estar presente en la forma en que nuestra conducta es evaluada en distintos ámbitos de la vida. Como se sabe, el tema fue puesto y permanece sobre el tapete, especialmente, a partir de la depuración de la noción de suerte moral por Bernard Williams (2013: 27-80)[30], dando lugar a un enjundioso contrapunto de ideas con Thomas Nagel. Para

29. No tener en cuenta la producción efectiva del resultado como variable clave para el reproche de una conducta típica, nos haría incurrir en una forma de perfeccionismo moral que no es propio de un Derecho Penal liberal. Un análisis riguroso, en tal sentido, es el que se plantea en Nino (1980: 269 y ss.; 324 y ss.; 432 y ss.); ello sobre todo en su propuesta de incorporación del principio de enantiotelidad como sustituto de la antijuricidad que es considerada por él como un principio vacuo. En contra de considerar el resultado como elemento conformador del injusto penal, precisamente porque su realización está sujeta al azar, por todos, Zielinski (1990: 143) y Sancinetti (2001: 90).

30. En castellano, ver Williams y Nagel (2013: 27-80). La discusión de la suerte moral es muy relevante para la filosofía. Aludir a ella en un caso así, es solo un reconocimiento a que su ámbito de aplicación es muy amplio, y claramente excede las pretensiones de este artículo.

ilustrar mejor lo que se quiere decir con suerte moral, considérese el siguiente ejemplo de Nagel (2013: 100 y ss.):

> Si negligentemente, alguien deja el grifo del baño abierto con su bebé dentro, y, cuando sube las escaleras hacia el baño, se da cuenta de que el bebé se ha ahogado, habrá hecho algo horroroso; pero, si al bebé no le ocurre nada, solo habrá sido un descuido. Quien lanza una revolución violenta contra un régimen autoritario sabe que si fracasa será responsable de mucho sufrimiento inútil, pero si triunfa estará justificado por el resultado… ¿Por qué no es irracional basar la evaluación moral en lo que las personas hacen, en este sentido amplio? Esto supone considerarlas tan responsables por la contribución del destino como por las suyas propias, siempre que hayan realizado alguna contribución.

Según lo señalado, la suerte sería relevante no solo en la justificación *ex post* de una decisión mediante la cual alguien obtiene un fin loable con acciones moralmente censurables, sino igualmente en el ámbito penal[31] para la posible irresponsabilidad de una persona que persigue un fin ilícito que no logra por circunstancias aleatorias (Modolell, 2021: 427).

Volviendo a nuestro caso, ciertamente al producirse la grave lesión de Jakobsen, la conducta de Gronewegen deja de ser tolerada penalmente. Su carácter antirreglamentario pareciera claro considerando que la meta está al final de una bajada, lo cual –según ya hemos dicho– aumenta la velocidad de desplazamiento de los ciclistas a unos 80 km/h, sumado a la poca protección del cuerpo de un ciclista en caso de un impacto a esa velocidad, el estrecho espacio entre las bicicletas de Gronewegen y Jakobsen, y la barrera de contención, así como lo compacto del pelotón que viene detrás de ellos.

Sin embargo, como parte de la determinación de la imputación objetiva de la grave lesión de Jakobsen, aún cabe la pregunta de si este no actúo igualmente de forma temeraria al intentar pasar por el estrecho espacio que le dejó Gronewegen. Dicho de otra manera, ¿no podría imputarse el hecho a la actividad de la propia víctima, Jakobsen, por haber forzado un adelantamiento imposible?[32] En el caso, resulta evidente que el riesgo ilícito lo crea Gronewegen, aun cuando se admita que Jakobsen pudo haber desistido de pasar por un espacio por el cual era fácil que se produjese un accidente ante el más leve cambio de línea de quien lideraba la carrera. Debe concluirse entonces que objetivamente el riesgo de provocar un grave accidente mediante la maniobra realizada por Gronewegen era altamente probable y previsible: la imputación objetiva del resultado a Gronewegen pareciera ser indudable.

Como puede observarse, este primer nivel de imputación del resultado causado se basa en la comparación de la conducta del causante con un modelo ideal de

31. Si la pena no es entendida como un medio de expiación por el pecado cometido, sino como una herramienta conducente al logro de ciertas metas que favorecen una convivencia relativamente armónica, no es aconsejable desentenderse de estas intuiciones acerca de cómo hacerse cargo de lo que está fuera del control del individuo.
32. Sobre las condiciones para la imputación de un hecho a la propia víctima, por todos, Cancio Meliá (1998: 284 y ss.).

comportamiento esperado. Por lo tanto, se prescinde de los mínimos detalles y se recurre al uso de baremos de atribución.

2.2.2. Problemas de imputación subjetiva

Al afirmarse la imputación objetiva del grave resultado sucedido en el Tour de Polonia, automáticamente concurriría, al menos, un delito culposo por parte de Gronewegen. En efecto, las legislaciones de Derecho continental que prevén el delito imprudente suelen partir del castigo de la llamada culpa inconsciente, es decir, aquella que no requiere que el autor se haya representado el posible resultado. Esta circunstancia conduce a que dicha modalidad delictiva se castigue únicamente en razón de elementos objetivos: infracción del deber objetivo de cuidado e imputación objetiva del resultado. La representación o no de un posible resultado lesivo sería irrelevante para la mencionada atribución delictiva. En los delitos culposos, el análisis del aspecto subjetivo del tipo tendría como único fin descartar o confirmar la presencia del dolo del autor (Modolell, 2014: 129 y ss.).

Sin embargo, la cuestión sobre la concurrencia de un posible dolo en el autor del accidente depende precisamente del contenido de dicho elemento del tipo delictivo. En este sentido, en la doctrina penal se puede apreciar desde un método de análisis totalmente psicológico-concreto para definirlo, hasta una forma de determinación exclusivamente normativa-abstracta del dolo. En efecto, si se comparte con la doctrina tradicional que el dolo se configura con la *voluntad* (querer) y el *conocimiento* de los elementos del tipo, el autor debe al menos aceptar el resultado representado para que pueda afirmarse la concurrencia del dolo (Welzel, 1993: 78 y ss.). En principio, no podría negarse que esta forma de entender el dolo pareciera asumir el detalle de la decisión psicológica del autor (y con ello no entraría en tensión con el contextualismo), pues conllevaría probar en el proceso penal *aquello que efectivamente conocía y perseguía en concreto el causante del resultado lesivo.* Desde esta óptica, el llamado dolo eventual se explicaría a través de la *teoría del consentimiento*: existirá el mismo cuando el agente se representa el resultado posible y *acepta* de antemano su ocurrencia (aunque no necesariamente pueda suceder) (Modolell, 2014: 98). El problema es que quedan abiertas dificultades probatorias, aparentemente insalvables, como ocurre con la fórmula hipotética de v. Hippel, la que invita a preguntarnos:

> ¿Cómo se habría comportado el autor, si hubiese sabido con seguridad que con el resultado perseguido se produce necesariamente el resultado antijurídico? Si, a pesar de ello, hubiese actuado […] existe *dolus eventualis*; en caso contrario, imprudencia consciente (Gimbernat, 1990: 246)[33].

33. Al respecto, ver Modolell (2014: 99). En este texto no abordamos el espinudo problema de que el reproche por el dolo eventual sea equiparado al del dolo directo, más allá de llamar indirectamente la

En cambio, si el sujeto considera que de presentarse la eventual situación riesgosa cesaría inmediatamente su actividad, habría culpa consciente (con representación) de suceder el resultado (Modolell, 2014: 99).

En el caso de estudio, Gronewegen habría actuado con dolo eventual de haberse representado el alto riesgo de poder ocasionar un grave accidente si Jakobsen no redujese la marcha, *y aun así no importarle la ocurrencia de aquel*. Siguiendo lo expresado en una de las hipótesis, «hay un riesgo de accidente y él (Gronewegen) está dispuesto a asumirlo». Después del gran esfuerzo físico desplegado, el principal objetivo de Gronewegen es ganar la carrera como sea posible, de allí que se juegue su última carta para lograr la tan ansiada victoria. Por el contrario, segunda hipótesis planteada: si Gronewegen está convencido de que Jakobsen se intimidará ante la maniobra de cerrarle el espacio de adelantamiento, por tanto desistirá del intento de adelantarle ya que el riesgo de un accidente es evidentemente muy alto para todos, en caso de que sorpresivamente Jakobsen insista en su actitud y se produzca el grave suceso, Gronewegen solo actuaría con culpa consciente (culpa con representación) ya que confió en que el resultado no iba a producirse. En esta última hipótesis, en modo alguno Gronewegen llega a aceptar la real posibilidad del mismo en razón de que incluso su propia integridad física estaba en juego por la maniobra, por lo tanto solo existirían unas lesiones culposas en el caso mencionado. Aplicando la fórmula de v. Hippel, si Gronewegen hubiera sabido lo que iba a suceder con toda seguridad habría desistido de su conducta, bien porque no acepta de antemano un grave accidente como el ocurrido o porque su maniobra iba a significar su descalificación, el oprobio, el cargo de conciencia, etc.

Como puede apreciarse claramente, esta forma clásica de entender el dolo, y determinar su concurrencia, toma en cuenta circunstancias concretas tales como el conocimiento actual del riesgo creado, la posibilidad del resultado, la aceptación del mismo, etc. Sin embargo, estos detalles referidos a aspectos psicológicos que debieron suceder cuando el autor llevo a cabo su conducta pueden ser de muy difícil prueba. Además, en lo relativo al dolo eventual, esta concepción sería injusta ya que si la probabilidad de causar el resultado lesivo es baja pero el sujeto acepta de antemano su posible realización, se le imputaría a título de dolo eventual; mientras que si el hecho es de alta peligrosidad pero su autor lo ejecuta contando con que dicho riesgo no se materializará en un resultado indeseado, por ejemplo porque él podría evitarlo, habría la llamada culpa con representación si la lesión sucede (Mir Puig, 2015: 92 y 273; Modolell, 2014: 99).

Estas dificultades advertidas han conducido a que un sector cada vez más creciente de la doctrina penal prescinda de la voluntad (querer) como elemento del dolo, restringiendo su contenido al simple conocimiento del riesgo creado (Modolell, 2014:

atención al respecto en las conclusiones. Un análisis agudo sobre ese punto puede verse en Manrique (2007: 415-434).

95 y ss.)[34]. Su existencia solo requeriría que el autor se represente el riesgo típico que conlleva la conducta efectivamente realizada, en modo alguno que quiera o acepte, la lesión o el peligro del bien jurídico (Modolell, 2014: 96). Según esta forma de concebir el dolo, la posible representación del accidente por parte de Gronewegen haría factible su imputación de lesiones dolosas por el hecho realizado, aunque en cualquier caso debería demostrarse que efectivamente conocía el riesgo de su maniobra. Esta corriente doctrinal exige un conocimiento actual del riesgo para la afirmación del dolo, y al prescindir de la voluntad se facilitaría su prueba.

Estas dos maneras de entender el dolo –ambas entramadas con elementos psicológicos– apuntan fundamentalmente a hechos concretos, esto es, tratan de reproducir acontecimientos históricos que ocurren «en la cabeza» de los intervinientes en el delito. Así, aunque la justificación de una y otra parta de razones valorativas es justo castigar solo por aquello que el autor quiso, o en razón de lo que efectivamente se representó aunque no lo haya querido. En suma, aunque se trate de una especie de visión originariamente contextualista que indaga en elementos propios de situaciones en que la voluntad es borrosa, se van creando categorías en que lo común va ganando en protagonismo y tendiendo hacia el mecanicismo imperante en la ciencia jurídica. Como diría acertadamente Mir Puig (2005: 18), la teoría del delito no constituye solamente:

> una construcción jurídico-normativa, sino un hecho del mundo empírico físico y social al que el Derecho asigna un significado valorativo específico. Hay en el delito una mezcla de componentes fácticas (brutas e institucionales) y de valoraciones jurídicas normativas. Esta combinación de lo fáctico y lo normativo se da en todos los elementos del delito […]

Incluso, podemos dar *otra vuelta de tuerca*: modernamente destaca una tendencia que entiende el dolo como concepto adscriptivo. Así, se afirma que «el dolo, más que un fenómeno psíquico a comprobar empíricamente, es una atribución, un conocimiento y una voluntad que se atribuyen» (Hernández, 2011: 79)[35]. En este sentido, el dolo implicaría una estandarización de conocimientos que prescinde de examinar lo que efectivamente el autor sabía y se proponía (Modolell, 2017: 278), considerando para dicha imputación dolosa únicamente *lo que el autor debió representarse al momento de la realización de la conducta*[36]. Esta corriente, que podría ser calificada como teoría del

34. Entre los autores que sostienen desde hace algún tiempo la configuración del dolo únicamente con el conocimiento del riesgo, podemos mencionar, por todos, a Frisch (1983: 346 y ss.); Gimbernat (1990: 254 y ss.); Jakobs (1993: 261); Lesch (1997: 809); Feijóo Sánchez (1998: 271 y ss.); Ragués (1999: 189 y ss.).
35. Paradigmáticos representantes de esta teoría, por toda la doctrina, Puppe (2011: 112 y ss); y Pawlik 2012: 387 y ss.; 2016: 142 y ss.).
36. Al respecto, expresa Pawlik (2016: 144): «…la cuestión (sc. concurrencia del dolo) no puede depender de la valoración del riesgo efectuada por el propio autor. Una representación de posibilidades suficientemente substanciada no puede operar en descargo del autor por el hecho de que éste, o bien no reflexione en absoluto sobre la magnitud del riesgo, o bien considere irreflexivamente su realización como improbable. Lo decisivo es solo si su conducta, interpretada como conducta de un ser racional, expresa la máxima de que la lesión del otro debe ser o incluso puede ser…». Y agrega dicho autor

dolo no psicológico o teoría normativa estricta del dolo, responde tanto a la necesidad de resolver los problemas probatorios de ese elemento, como a la búsqueda de una argumentación coherente que explique el llamado dolo eventual (Modolell, 2017: 278). Por lo tanto, si el dolo se relaciona con aquello que el autor debía tener en cuenta al momento de su conducta, según su rol, prescindiendo de lo que efectivamente se representó, Gronewegen indudablemente respondería a título doloso por el hecho causado. Incluso, aunque se sostenga que la tentativa de graves lesiones en el ámbito deportivo debería quedar impune (Modolell, 2021: 424 y 427), dado el grave resultado producido no sobraría la pregunta de si Gronewegen podría responder por una tentativa de homicidio doloso ya que el riesgo de su conducta fue excesivamente alto. Dicho de otra manera, *¿debía* Gronewegen contar con que una maniobra como la realizada pondría en grave riesgo no solo la integridad física de los competidores, sino hasta sus propias vidas? Recordemos los hechos antes de responder: a) La meta está al final de una bajada, lo cual conduce a una velocidad de desplazamiento de 80 km/h; b) Gronewegen reduce el espacio de circulación a Jakobsen para evitar un posible adelantamiento, al punto de que el lapso que transcurrió entre el intento de Jakobsen de avanzar a través del espacio libre entre Gronewegen y la barrera de contención, y el momento en que Jakobsen cae es inferior a 5 segundos; c) El resto del pelotón de ciclistas viene muy cerca. La posible respuesta afirmativa a la pregunta planteada en modo alguno resulta descabellada, sino pertinente. Nótese que según esta última corriente la estandarización del dolo implica prescindir de los detalles psicológicos que existieron cuando el autor ejecutó su conducta. Solo habría que comparar lo que el autor efectivamente se representó con aquello que debió tener en cuenta en el momento de su conducta infractora.

2.2.3. ¿Es realmente mecanicista la solución de la dogmática penal?

La dogmática penal opera bajo presupuestos que potencian ciertas propiedades lógicas de los sistemas normativos de los que se hacen cargo y que con sus textos aparentemente descriptivos (o si se prefiere interpretativos) contribuye a re-crear. Las virtudes a las cuales nos referimos son fundamentalmente la completitud y la coherencia. De lo que se trata, en pocas palabras, es que distintos casos por muy complejos que aparezcan cuenten siempre con una solución (completitud) y esta debe ser consistente

(2016: 145), aludiendo a Puppe: el «cambio de paradigma del estado psicológico-fáctico del autor al valor expresivo de su conducta en el seno de una comunicación entre seres racionales» solo puede producirse…si se enjuicia la situación de hecho in toto por medio de un baremo objetivo […]». En Latinoamérica, la doctrina se ha hecho eco de opiniones semejantes. Por ejemplo, según Pérez Barberá (2011: 663), el dolo se funda «en un estándar general, no en un parecer subjetivo-individual». Similar, sostiene Mañalich (2020: 15): «hay que afirmar el carácter doloso de la realización del tipo respectivo si el potencial autor contaba con una representación de las circunstancias que habría llevado a una persona racional y razonable, preocupada por ajustar su comportamiento a las exigencias del derecho, a evitar comportarse de la manera en que el potencial autor efectivamente se comportó».

con otras que en el pasado ya han sido sugeridas (coherencia). Sin embargo, el desafío parece monumental si se asume que la conducta humana resulta difícilmente reducible a regularidades y que existe una cantidad innumerable de matices de los cuales no parece posible hacerse cargo de manera cabal. Según lo visto, tanto a nivel de imputación objetiva como subjetiva, se trata de simplificar al máximo las posibilidades, no existiendo mayores remilgos a recurrir a contra-fácticos que, en la práctica, carecen de respuestas: ¿qué habría hecho Gronewegen si hubiera sabido que Jakobsen no iba a abandonar su intento por sobrepasarlo a través del estrecho espacio que quedaba entre él y la barrera, incluso si Gronewegen se seguía cargando a la derecha haciendo muy improbable que no se cayera y se lesionare severamente? La respuesta que puede darse no es la del propio Gronewegen, sino de una clase de sujetos estándar que imaginamos actuarían de cierta manera.

Si lo anterior es correcto, el sistema queda en pie a costa de desentenderse de las situaciones concretas reemplazándolas por representaciones acerca de cómo esperamos que actúen los seres humanos, lo que, por cierto, no resulta del todo satisfactorio cuando de lo que se trata es precisamente de juzgar conductas concretas[37]. El precio no sería exagerado si no contamos con otras opciones[38]. Es momento, entonces, de volver hacia lo que nos podría ofrecer el contextualismo.

3. CONSIDERACIONES ADICIONALES SOBRE EL ASPECTO SUBJETIVO DEL DELITO (DOLO). ALGUNAS POSIBILIDADES DESDE EL CONTEXTUALISMO

Al inicio de este acápite vale la pena añadir algunas breves consideraciones acerca de lo que hemos de entender por contextualismo. Como el origen del uso de la palabra lo hemos remontado al trabajo de Pepper haremos algunas precisiones en el sentido en que este lo entiende, pero sobre todo estamos interesados en hacer algunas complementaciones con algunos avances más o menos recientes en otros campos del saber. Stephen Pepper (1942: 232) aclara que en razón de su carácter sintético antes que

37. De alguna manera lo que hacemos se asemeja a lo que realizan los economistas cuando construyen sus modelos recurriendo a un ser humano racional, baremo que ha sido desafiado en muchas ocasiones, pues en realidad muchos de nuestros comportamientos distan mucho del presupuesto de que tomamos decisiones que tienden a optimizar nuestros recursos. Ver, entre otros, Arrow (1986: 385-399).
38. En rigor, varias comunidades dogmáticas se preocupan de ir ajustando sus categorías a partir de lo que le ofrecen ciertos casos que son abordados por los tribunales de justicia. Así, por ejemplo, la dogmática penal alemana está constantemente preocupada de lo que se trata en las sentencias más recientes, cautelando, de esa manera que no ocurra un desfase entre teoría y práctica. Piénsese en la conocida teoría de la imputación objetiva del resultado la cual ha surgido precisamente del estudio de casos concretos. Así las cosas, la dogmática tampoco cabría calificarla como mecanicista en un sentido puro, sino que tiene aproximaciones hacia el contextualismo, cuando debe hacerse cargo de estos desafíos que se le van imponiendo *desde fuera*.

analítico, la metáfora de base no resulta tan prístina, decantándose finalmente por la de «evento histórico». Incluso algunos de quienes lo han estudiado y a la luz de lo que en su libro se dice prefieren hablar de «acto en curso en un contexto» (Hayes et al., 1988: 100). El contextualismo mantiene, entonces, las distintas categorías bajo sospecha, ello a los efectos de que el acto que interesa sea convenientemente explicado. A propósito de su aproximación dispersiva y no integrativa, Pepper (1942: 234) sostiene que el desorden es una característica categorial particularmente distintiva del contextualismo, y lo es tan radicalmente que el orden tampoco está excluido. Para dar cuenta del mundo el contextualismo pone especial atención en dos variables, estas son, la calidad y la textura, respecto de las cuales hace un análisis pormenorizado acerca de cómo funcionan (Pepper, 1942: 235 y ss.). De lo que se trata, principalmente, es de aislar algún elemento como objeto de estudio, para luego ir enriqueciéndolo con los elementos contextuales que contribuyen a explicarlo (en realidad las dos operaciones no son plenamente diferenciables). En otras palabras:

> El impulso no es a integrar todos los sucesos y tendencias que pueden identificarse […], sino más bien a vincularlos en una cadena de caracterizaciones provisionales y restringidas de provincias del acontecer manifiestamente 'significativo' (White, 2014: 29)

En conformidad a lo señalado, un caso como el que nos ocupa supone identificar eventos tales como, «Gronewegen desvía su línea de desplazamiento», «Jakobsen se va contra las barreras y cae» y «Jakobsen resulta severamente lesionado». Tales eventos requieren ser enriquecidos por la vía de proveerles de contexto: «estamos en los metros finales de la 1.ª etapa del Tour de Polonia», « Gronewegen va en el primer lugar y arriesga ser superado por Jakobsen», « Gronewegen lleva tiempo preparándose para el Tour y es muy importante ganar una etapa», «en el embalaje final la velocidad alcanza 80 km/h», «las bicicletas se bambolean en los embalajes», «el año 2019 el ciclista belga Bjorg Lambrech murió al caer de su bicicleta en el Tour de Polonia», etc.

A diferencia de lo que ocurre con las teorías mecanicistas que a nivel de verdad tiene sentido afinar concepciones correspondentistas (Pepper, 1942: 221 y ss.) en cuanto propósito último de un análisis bien realizado, el papel de la verdad en el contextualismo (y de manera consistente con su tinte pragmatista) es más bien secundario y lo que importa, en último término, es que el trabajo resulte exitoso (Pepper 1942: 268-279). Así, si ponemos el asunto que analizamos en perspectiva, de lo que se trata es de dar una respuesta adecuada al problema del accidente en el Tour de Polonia, esto es, que la decisión que eventualmente se tomaría en un juicio penal estaría justificada, y que la pena que pudiera ser aplicada, resulte consistente con una teoría que legitime dicha respuesta estatal. Para explorar una respuesta más afinada prestaremos atención a algunos desarrollos recientes en psicología (y también en economía), pues de lo que se trata es de abordar de una manera que no haga perder complejidad a una conducta como la desplegada por Gronewegen.

Una feliz metáfora construida hace un par de décadas es la del pensamiento automático y pensamiento esforzado. El pensamiento automático resulta de gran utilidad ya que nos permite tomar decisiones, o simplemente generar respuestas, sin necesidad de tener que sumirnos en una fatigosa tarea deliberativa. Este modo de actuar es especialmente valioso si el tiempo con el cual contamos es escaso. Por su parte, el pensamiento esforzado es importante para optimizar el potencial explicativo de los datos disponibles. De otra forma, nos dejaremos arrastrar por lo que nos resulta intuitivo, abriendo la puerta al uso de una serie de sesgos o heurísticas que no arrojan las mejores respuestas, habida cuenta de la disponibilidad de herramientas como el cálculo probabilístico, etcétera (Kahneman, 2012: 33 y ss.)[39].

En la cotidianeidad solemos ser perezosos. Nos conformamos con el pensamiento automático, pero de seguro que si así lo hiciéramos siempre no habríamos llegado demasiado lejos como humanidad (al menos, en lo que a auto-comprensión se refiere). Dado que tampoco podríamos operar todo el tiempo bajo el influjo del pensamiento esforzado, la sabiduría pareciera exigirnos distinguir cuando se debe operar con uno u otro. En el caso de Gronewegen no debiera exigírsele que en el momento en que Jakobsen está introduciéndose por el estrecho espacio que ha quedado entre él y la barrera, inicie un proceso de deliberación sofisticado. Sencillamente no hay tiempo para eso. Claramente deberá pensar automáticamente. Sin embargo, aquello no implica que Gronewegen nunca esté obligado a pensar esforzadamente, sobre todo si se tiene en consideración que está ejecutando una actividad peligrosa como lo es el ciclismo profesional. A Gronewegen le sería exigible que previamente a participar en una situación riesgosa, haya deliberado acerca cómo debería reaccionar. En otras palabras, él debía mientras disfrutaba de momentos de holgura y no de escasez (mental), explorar las distintas situaciones a las cuales podría verse enfrentado aprovechando su capacidad cognitiva disponible y, así, afinar y entrenar su capacidad de actuar de una manera jurídica en caso de verse a futuro expuesto a una decisión difícil como la que estamos analizando (porque esa es la que aquí interesa), en cada oportunidad en la que pudiera requerirse.

Acorde a lo señalado una reconstrucción como la que se sugiere en la letra f) es perfectamente consistente con los datos disponibles y, a la vez, no se escapa de las respuestas que el sistema jurídico ofrece. La solución no depende, entonces, de una conducta que se gatilla en un par de segundos, sino hay que vincularla con una larga preparación mental previa. Es cierto que, esos segundos serán claves a los efectos de determinar el peligro que efectivamente se generará, pues los intentos de autocontrol

39. También se habla de sistema 1 y 2. Esta última denominación se encuentra en Stanovich (2000: 645-665). Respecto al problema del uso de heurísticas en asuntos en los cuales el cálculo probabilístico es posible, el artículo clásico es Tversky y Kahneman (1974). Hay versión castellana disponible: Tversky y Kahneman (2012: 545-567).

se podrán revelar en ese instante como fallidos[40]. Tal vez nunca podamos desentendernos del todo de la suerte moral, pero al menos contamos con la oportunidad de auto-controlarnos si llegamos a conocernos lo suficiente a nosotros mismos. En otras palabras, a Gronewegen no lo estamos evaluando solo por ese par de segundos, sino por su falta de prolijidad en el desarrollo de su autocontrol requerido para participar en una competencia riesgosa.

La categoría del dolo en un caso como el planteado debiera enfrentar el desafío que le impone analizar el comportamiento no como fruto de un instante, sino como la consecuencia de una serie de circunstancias de más larga duración[41]. De otra manera, resultaría difícil atribuirle responsabilidad a Gronewegen, esto es imputarle la conducta. Es cierto que para los sistemas jurídicos la exigencia de pensamiento esforzado como condición para determinar las consecuencias de una conducta, pareciera ser excepcional: un ejemplo puede verse en la exigencia de premeditación para imponer una pena más elevada a quien comete un homicidio, o por el contrario, reconocer en el arrebato una causal para disminuir la penalidad. Así las cosas, no importa demasiado si he actuado de manera automática o bien si mi conducta ha sido el producto de una cuidadosa planificación. Sin embargo, instituciones de imputación en virtud de la actitud de la persona durante una etapa previa a la consumación del delito, no son ajenas al Derecho penal, como sería el caso de la llamada *actio libera in causa*. Por ejemplo, cuando concurre un supuesto de inconsciencia en el ejecutor del delito, debe analizarse su conducta voluntaria anterior a los fines de determinar si él dio origen al supuesto referido de ausencia de conducta (Modolell, 2014: 49 y ss.)[42]: el conductor del auto que se queda dormido mientras maneja ocasionando un grave accidente, realiza el hecho de forma involuntaria, no obstante debe examinarse si previamente se percató del sueño y sus posibles efectos durante la conducción; de ser afirmativa la respuesta, existiría un comportamiento para el Derecho penal (Modolell, 2014: 49 y ss.; Mir Puig, 2015: 213). ¿No cabría entonces la aplicación de un método similar para afirmar la existencia del dolo en un delito? En todo caso, esta forma de análisis implica igualmente una estandarización del dolo, su determinación según lo que el autor debió haber considerado al realizar su actividad riesgosa.

Como contra-argumento a lo anterior, podría decirse que desde un punto de vista moral, la circunstancia de que la conducta sea el producto de una deliberación cuidadosa

40. Una variable que, tal vez, incidiría en que en este momento de escaso control de sus impulsos, Gronewegen haya optado por cortar la línea de desplazamiento de Jakobsen, y no simplemente conservar la que llevaba, podría vincularse a la circunstancia de que en situaciones de pérdida somos mucho más propensos a asumir riesgos que cuando buscamos aumentar ganancias. Dado que Gronewegen viene delante de alguna forma podría haber internalizado psicológicamente que el triunfo era suyo y que la proximidad de Jakobsen podría arrebatárselo. Ver Tversky y Kahneman (2012: 586-590)
41. Sobre las distintas miradas que son producto de la mayor o menor amplitud del tiempo que se tiene en cuenta: Braudel (1986: 25-26 y 64-65).
42. Expresa Bacigalupo (1997: 171) que debe verificarse si la conducta inmediatamente anterior era evitable. Igual, por todos, Zaffaroni (1997: 361); Mir Puig (2015: 213).

constituiría una variable relevante. Así, la clásica excusa «fue sin querer» da cuenta de que nos tomamos seriamente la alegación de que no se puede tratar con igual dureza a quien ha provocado un daño asumiendo a cabalidad lo que probablemente sucedería si ejecutaba cierta conducta, respecto de quien actuó sin tener en consideración lo que podría llegar a pasar. Quien actúa recurriendo a su pensamiento esforzado merece mucho mayor reproche que quien lo hizo desde su pensamiento automático. En el primero de los casos hay un deprecio evidente de los bienes jurídicos amenazados, lo que no necesariamente ocurre en el segundo de los casos.

Aun cuando el vínculo no siempre ocurre, hay una relación relativamente estrecha entre el pensamiento automático y (nuevamente) la suerte moral. Esto, por cierto, no lleva a que en el pensamiento automático no se deba reprochar severamente a quien ha provocado un daño como efecto de su conducta. Así, si hay un resultado indeseable se castiga por la pereza propia de no anticipar escenarios. Si yo realizo una actividad peligrosa como es el ciclismo profesional debo mentalizarme de que cualquiera sea la situación, debo cumplir con ciertas reglas. No me castigan por mis intenciones, sino por mi pereza mental y falta de autocontrol. Si finalmente no hay daño, he tenido suerte y no seré castigado[43].

Incluso, podemos problematizar más el examen del caso: Gronewegen con su pensamiento en un objetivo fijo (ganar la competencia), no cuenta con recursos suficientes para lograrlo, medios que pudo haber tenido en una holgada primera parte de la carrera. Se supone que pedalear varias horas, con la tensión y esfuerzo propios de una competencia ciclística de alto nivel, conlleva un gran cansancio que puede dificultar los movimientos y la toma de decisiones. Entonces, la maniobra equivocada contra el adelantamiento de Jakobsen, ¿no podría constituir un acto reflejo, el cual se caracteriza precisamente por la falta de conciencia, y por ende de voluntad, que imposibilita al sujeto de actuar de forma distinta? (Modolell, 2014: 51; Mir Puig, 2015: 220 y ss.). Dichos actos reflejos deben distinguirse de los llamados actos impulsivos, como esquivar la cabeza cuando se intenta golpearla, o cerrar los ojos ante un resplandor (Modolell, 2014: 51; Kühl, 2017: 14 y ss.). Con relación a estos últimos, se ha afirmado su voluntariedad ya que son procesados por el cerebro, aunque de forma muy rápida (Maurach y Zipf, 1992: 194 y ss.; Modolell, 2014: 51). Si bien en su inicio el acto impulsivo puede que sea casi imposible de conducción, la persona sería capaz de controlar las reacciones inmediatamente posteriores al impulso inicial con un adecuado entrenamiento o autocontrol (Luzón Peña, 1990: 18; Jescheck y Weigend, 1996: 224, nota 34; Modolell, 2014: 52 y ss.). En nuestro caso, es indudable que Gronewegen debió contar con la suficiente preparación para evitar reacciones como la que llevó a cabo, la cual coincide perfectamente, en el mejor de los caso, con el referido acto impulsivo.

43. Sobre la falta de relevancia penal cuando la suerte favorece al deportista que actúa de forma antirreglamentaria: Modolell (2021: 426 y ss.)

4. CONCLUSIONES

La teoría del delito se ha erigido como un modelo para la imputación que ha alcanzado un elevado nivel de sofisticación. Ello ha permitido a sus cultores construir y profundizar en múltiples categorías desde las cuales parece posible enfrentar, de manera racional, los problemas que aquejan a la vida cotidiana. Como todo modelo –claro está– precisa ser revisado frecuentemente para así evitar que la teoría se vaya distanciando de los progresos que van ocurriendo en otras disciplinas.

En este artículo hemos realizado un análisis respecto a lo que pudo haber creído y decidido el responsable (entendido como factor causal, siguiendo las categorías de H.L.A. Hart) de un grave accidente en una competencia ciclística. Lo interesante es que si nos tomamos en serio los avances en disciplinas tales como la psicología y economía conductual, las categorías más asentadas en la teoría del delito parecieran no funcionar todo lo bien según se pudiera esperar. La razón es simple: el autor del accidente probablemente no tuvo claridad ni en lo que estaba haciendo, ni en lo que podía pasar, ni en lo que quería. Para tales efectos hemos llamado la atención en metáforas exitosas en otros campos disciplinarios, como lo son la «visión de túnel», o el «sistema automático». Tenerlas en cuenta fuerzan a repensar asuntos tales como si el dolo puede hacerse depender de las creencias o representaciones de los seres humanos. Estas última dudas, por cierto, no son novedosas, pero creemos que el diálogo interdisciplinario provee de algunos puentes para abordar de mejor manera aquello que se encuentra en juego.

Un punto importante es que la identificación de ciertas particularidades que afectarían a algunos comportamientos que provocan resultados dañosos –en este caso conductas o movimientos muy rápidos que se configuran como reacción a un estímulo que se produce en una situación de «escasez» en la que no hay espacio a la deliberación– y que dan cuenta de una falta de autocontrol que debió haberse entrenado en momentos de holgura mental, pueden acoplarse con categorías que tienen asociadas penas elevadas (conductas dolosas). ¿Es eso lo que queremos mediante un análisis desde la teoría del delito?[44] ¿O es que el esquema binario doloso/culposo colapsa en casos como el señalado y es preciso considerar un análisis más complejo, como el que proviene de una lógica que no se escabulla de los matices?

Por último, una mención especial merecen las perspectivas del «contextualismo» y del «mecanicismo». Al hablar de ellas, la atención se vuelca hacia lo que nos provee una clase de análisis que parece más propio de la filosofía y de la metahistoria. En el caso de la teoría del delito las exigencias de abstracción parecen dialogar especialmente bien con concepciones mecanicistas; sin embargo, el precio pagado es el alejamiento de los

44. Un punto importante y difícil al momento repensar una categoría como la del dolo, es la de asignar valor a variables tales como, *aquello que se encuentra empíricamente legitimado de ser sostenido*, o *las expectativas ciudadanas acerca de la relevancia que se da tanto al conocimiento como a la voluntad para la reprochabilidad de su autor*; ello en razón de que la teoría del delito posee un estatus eminentemente prescriptivo (Ortiz de Urbina, 2013: 360 y ss., 384, 385).

detalles, es decir no propicia una reconstrucción suficiente fidedigna de nuestras conductas. Podríamos transitar, entonces, hacia un universo que preste también atención a lo que ofrece el contextualismo, en lo que atañe a la formulación de críticas a un modelo teórico asentado. Esto, por cierto, pone en jaque algunos de los conocimientos que se consideran asentados en las sofisticadas teorías dogmáticas. Tomar en serio la tensión entre estos dos puntos de vista –no necesariamente, uno mejor que el otro– podría incidir en avances importantes en lo que atañe a los niveles de acoplamiento entre los problemas de la vida cotidiana y las soluciones que ofrecen las teorías.

BIBLIOGRAFÍA

Amsterdam, A. y Bruner, J., 2000: *Minding the Law*, Harvard University Press, Cambridge.

Arrow, K., «Rationality of Self and Others in an Economic System», *The Journal of Business* 59 (4): 385-399. https://doi.org/10.1086/296376

Bacigalupo, E., 1997: *Principios de Derecho penal*, Akal-Iure, Madrid.

Barthes, R., 1987: «El discurso de la historia», *El susurro del lenguaje. Más allá de la palabra y la escritura*, Paidós, Barcelona.

Beltrán, V., 2021: «Visión de túnel: Notas sobre el impacto de sesgos cognitivos y otros factores en la toma de decisiones en la justicia criminal», *Revista de Estudios de la Justicia*, 34: 17-58. https://doi.org/10.5354/0718-4735.2021.60210

Berlin, I., 2017: *El sentido de la realidad. Sobre las ideas y su historia*, Taurus, Barcelona.

Bohm, D., 2018: *La totalidad y el orden implicado*, Kairós, Barcelona.

Braudel, F., 1986: *La Historia y las Ciencias Sociales*, Madrid, Alianza.

Cancio Meliá, M., 1998: *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*, Barcelona.

Chiassoni, P., 2011: *Técnicas de interpretación jurídica*, Marcial Pons, Madrid.

Feijóo Sánchez, B., 1998: «La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo. Sobre la normativización del dolo», *Cuadernos de Política Criminal*, 65: 269-364.

Findley, K., y Scott, M., 2006: «The Multiple Dimensions of Tunnel Vision in Criminal Cases», *Wisconsin Law Review*, 2: 291-397

Frisch, W., 1983: *Vorsatz und Risiko*, Carl Heymanns, Berlin.

Gargarella, R., 1999: *Las teorías de la justicia después de Rawls*, Paidós, Barcelona.

Gimbernat, E., 1990: Estudios de Derecho Penal, Tecnos, Madrid.

Gimbernat, E., 2009: *Concepto y método de la ciencia del Derecho penal*, Tecnos, Madrid.

Hart, H.L.A., y Honoré T., 1985: *Causation in the Law, 2nd Edition*, Oxford University Press, Oxford.

Hayes, S., Hayes, L. y Reese, H., 1988: «Finding the philosophical core: A review of Stephen c. Pepper's World hypotheses: a study in evidence'», *Journal of The Experimental Analysis of Behavior,* 50 (1): 97-111. https://doi.org/10.1901/jeab.1988.50-97

Hernández, H., 2011: «Comentarios al art. 1» *Código penal comentado*, Abeledo Perrot, Santiago.

Jakobs, G., 1993: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, WdeG, Berlin-New York.

Jescheck, H., y Weigend, T., 1996: *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil,* Duncker&Humblot, Berlin.

Kahneman, D., 2012: *Pensar rápido, pensar despacio*, Debate, Buenos Aires.

Koyré, A., 1994: *Pensar la ciencia*, Paidós: Barcelona.

Kühl, K., 2017: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Vahlen, München.

Kymlicka, W., 2002: *Contemporary Political Philosophy*, Oxford University Press, Oxford.

Lesch, H., 1997: «Dolus directus, indirectus und eventualis», *Juristische Arbeitsblätter*, 29 (10): 802-809.

Loftus, E., 1996: *Eyewitness Testimony*, Harvard University Press, Cambridge.

Luzón Peña, D., 1990: *Derecho penal de la circulación*, PPU, Barcelona.

Mañalich, J., 2020: «El dolo como creencia predictiva», *Revista de Ciencias Penales* 47 (1): 13-42.

Manrique, M., 2007: «Responsabilidad, dolo eventual y doble efecto», *DOXA* 30: 415-434. https://doi.org/10.14198/DOXA2007.30.41

Maurach, R., y Zipf, H., 1992: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, C.F. Müller, Heidelberg, Tomo I.

Mir Puig, S., 2005: «Límites del normativismo en Derecho penal», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (Criminet)* 07-18: 1-18.

Mir Puig, S., 2015: Derecho Penal. Parte General, Reppertor, Barcelona.

Modolell, J., 2014: *Teoría del delito*, UCAB, Caracas.

Modolell, J., 2017: «Sobre lo objetivo y lo subjetivo en el tipo penal», *Libertas. Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales* 6, (julio): 273-287.

Modolell, J., 2021: «Hechos punibles en el ámbito de las prácticas deportivas. A su vez, un ejemplo de la relevancia del resultado lesivo para la configuración del injusto penal», *Política Criminal* 16 (31): 408-436.

Mullainathan, S., y Shafir, E., 2016: *Escasez*, Fondo de Cultura Económica, México D. F.

Nino, C., 1980: *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito*, Astrea, Buenos Aires.

Nino, C., 1991: *Introducción al análisis del derecho.*, Ariel, Barcelona.

Ortiz de Urbina, I., 2013: «¿Dolo como reproche? Observaciones sobre método y axiología en la propuesta de abandono de la idea de dolo como estado mental», *Revista Pensar en Derecho* 1 (1): 357-385.

Pawlik, M., 2012: *Das Unrecht des Bürgers*, Mohr Siebeck, Tübingen.

Pawlik, M., 2016: «La lesión del deber ciudadano de cooperación» en: *Ciudadanía y Derecho penal*, Atelier, Barcelona, 125-164.

Pepper, S., 1942: *World Hypotheses*, University of California Press, Berkeley.

Pérez Barberá, G., 2011: *El dolo eventual*, Hammurabi, Buenos Aires.

Puppe, I., 2011: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Nomos, Berlín.

Rimoldi, F., 2020: «Comunidad y contexto epistémico en la prueba pericial», *Discusiones* 24 (1): 61-85. https://doi.org/10.52292/j.dsc.2020.2205

Ragués, R., 1999: *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Bosch, Barcelona.

Ross, A., 1994: *Sobre el derecho y la justicia*, Eudeba, Buenos Aires.

Roxin, C., 1997: *Derecho penal. Parte general*, Civitas, Madrid.

Roxin, C., 2002: *Política criminal y sistema del derecho penal*, Hammurabi, Buenos Aires.

Sancinetti, M., 2001: *Teoría del delito y disvalor de acción*, Hammurabi, Buenos Aires.

Sandel, M., 2011: *Justicia ¿Hacemos lo que debemos?*, Debate, Barcelona.

Schauer, F., 2003: *Profiles, probabilities and stereotypes.* The Belknap Press of Harvard University Press. Cambridge & London.

Shah, A., Shafir, E., y Mullainathan, S., 2015: «Scarcity Frames Value», *Psychological Science* 26 (4): 402-412. https://doi.org/10.1177/0956797614563958

Stanovich, K., y West, R., 2000: «Individual differences in reasoning: Implications for the rationality debate?», *Behavioral and Brain Sciences* 23 (5): 645-665. https://doi.org/10.1017/S0140525X00003435

Tversky, A., y Kahneman, D., 1974: «*Judgment Under Uncertainty: Heuristics and Biases*», *Science* 185 (4157): 1124-1131. https://doi.org/10.1126/science.185.4157.1124

Tversky, A., y Kahneman, D., 2012: «El juicio bajo incertidumbre: heurísticas y sesgos», *Pensar rápido, pensar despacio*, Debate, Buenos Aires: 545-567.

Tversky, A., y Kahneman, D., 2012: «Elecciones, valores y marcos», *Pensar rápido, pensar despacio*, Debate, Buenos Aires: 569-592.

Welzel, H., 1993: *Derecho penal alemán*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

White, H., 2014: *Metahistoria*, Fondo de Cultura Económica, México D.F.

Williams, B., y Nagel, T., 2013: *La suerte moral*, KRK ediciones, Oviedo.

Williams, M., 2007: «Why (Wittgensteinian) Contextualism is not Relativism», *Episteme: A Journal of Social Epistemology*, 4 (1): 93-114.

Zaffaroni, E., 1997: *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Ediar, Buenos Aires.

Zielinski, D., 1990: *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito*, Hammurabi, Buenos Aires.

Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, (2022), *45*
e-ISSN: 2386-4702 | ISSN: 0214-8676

¿Es posible una Inteligencia artificial respetuosa con la protección de datos?

Is Data Protection-friendly Artificial Intelligence Possible?

Celia Fernández-Aller y M.ª Mercedes Serrano Pérez

Autores:
Celia Fernández-Aller
Universidad Politécnica de Madrid, España
mariacelia.fernandez@upm.es
https://orcid.org/0000-0002-0642-2058

Mª Mercedes Serrano Pérez
Universidad de Castilla La Mancha, España
Mercedes.Serrano@uclm.es
https://orcid.org/0000-0001-6955-2063

Recibido: 8-6-2021
Aceptado: 24-9-2021

Citar como:
Fernández-Aller, Celia y Serrano Pérez, M.ª Mercedes (2022). ¿Es posible una Inteligencia artificial respetuosa con la protección de datos? Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, *45*, pp. 307-336. https://doi.org/10.14198/DOXA2022.45.11

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

© Celia Fernández-Aller y M.ª Mercedes Serrano Pérez

Abstract

La Inteligencia artificial es un reto clave en la cuarta revolución industrial que vivimos. El artículo pretende analizar la compatibilidad de ésta con el derecho a la protección de datos. Para ello se analizan los principios que subyacen a la regulación y se estudia el encaje de las características de la tecnología en los mismos. Se destacan los principales derechos de los sujetos, así como las obligaciones de los responsables de los tratamientos.

Especial atención se presta a la discriminación algorítmica en el caso de los perfiles y el marketing político, que supone un reto a evitar por su vulneración del principio de igualdad y justicia en el tratamiento de la información personal. Resulta esencial salvaguardar el derecho a la explicabilidad algorítmica. Se concluye con un análisis de la necesaria regulación que está en fase de discusión en Europa.

Palabras clave: discriminación algorítmica; inteligencia artificial; privacidad

Abstract

Artificial Intelligence is a key challenge in the fourth industrial revolution we are living. The article aims to analyze its compatibility with the right to data protection. the principles underlying the regulation are analyzed and the fit of the characteristics of the technology with these principles is studied. The main rights of the subjects are highlighted, as well as the obligations of data controllers.

Special attention is paid to algorithmic discrimination in the context of profiles and political marketing, which is a challenge to be avoided due to its violation of the principle of equality and fairness in the processing of personal information. It is essential to safeguard the right to algorithmic explainability. It concludes with an analysis of the necessary regulation currently under discussion in Europe.

Keywords: algorithmic discrimination; artificial intelligence; privacy

1. INTRODUCCIÓN Y CONTEXTO: AMENAZAS DE LA IA PARA LA PROTECCIÓN DE DATOS

La Inteligencia Artificial (IA) implica el diseño y la implementación de sistemas que presentan capacidades de la mente humana como el razonamiento, el conocimiento, la percepción, la planificación, el aprendizaje y la comunicación. La IA engloba una serie de sub-disciplinas como aprendizaje automático, satisfacción de restricciones, búsqueda y los sistemas multi-agente, el razonamiento y la ingeniería y el procesamiento del lenguaje natural[1].

Las definiciones sobre inteligencia artificial son abundantes, aunque no armonizadas entre sí. Podemos utilizar aquella que define la IA como:

«un conjunto de tecnologías cuya finalidad es la de reproducir la inteligencia humana, es decir, el funcionamiento analítico de un cerebro. Para alcanzar este objetivo ha sido fundamental el desarrollo del machine learning o aprendizaje automático, donde por medio de algoritmos de aprendizaje y un gran volumen de datos, se pueden extraer patrones o insights y de esta forma resolver problemas y/o predecir comportamiento, entre otros» (Bonmatí Sánchez, J., y Gonzalo Doménech, J. J., 2020).

La definición contenida en la propuesta de Reglamento sobre inteligencia artificial define un sistema de inteligencia artificial como:

> «software que se desarrolla con una o más de las técnicas y enfoques enumerados en el Anexo I y pueden, para un conjunto dado de objetivos definidos por el ser humano, generar resultados como contenido, predicciones, recomendaciones o decisiones que influyen en los entornos con los que interactúan» (art. 3.1).

Los sistemas de Inteligencia Artificial (IA) reciben cantidades ingentes de datos, muchos de los cuales son de carácter personal. De hecho, algunos de los dispositivos basados en IA son recolectores masivos de datos personales que se infiltran de manera imperceptible nuestra vida cotidiana. Es decir, no todos los datos que se recogen cuentan con conocimiento y consentimiento de los y las interesadas. A esto hay que añadir el hecho de que los sistemas de IA procesan de manera cada vez más compleja toda esta información personal y consiguen resultados a menudo impensables a partir de unos datos desagregados y muchas veces anónimos. Por todo ello, la protección de datos es uno de los retos que suelen señalarse en el caso de los sistemas de IA.

Hay que tener en cuenta la capacidad que tienen los sistemas de IA para influir en las decisiones humanas a través del análisis de grandes cantidades de datos (a menudo personales) en muchos terrenos (desde decisiones comerciales a elecciones políticas). Por eso se propone un seguimiento de las diferentes tecnologías IA para evitar que la aplicación de la IA al tratamiento de los datos personales restrinja la libertad real o

1. Una buena introducción a la Inteligencia artificial puede encontrarse en Smith, B. C., (2019) *The promise of artificial intelligence. Reckoning and judgment*, The MIT Press, Cambridge (Massachusets). Además, es muy descriptivo el texto de Tegmark, M. (2017) *Life 3.0. Being human in the age of Artificial Intelligence*. Vintage.

percibida de las personas y se proteja de dichas influencias a colectivos especialmente vulnerables como es el caso de los niños. En general, la IA debiera guiarse por un enfoque basado en derechos humanos[2]. Esto implica poner a las personas más vulnerables en el centro de nuestras prioridades, utilizando los principios de los derechos humanos como guía de nuestras decisiones.

En todos estos procesos que implican el tratamiento de datos personales deben respetarse los requisitos fijados en la normativa de protección de los derechos de las personas en relación con el tratamiento de sus datos personales, en concreto en el Reglamento General de Protección de Datos –Reglamento (UE) 2016/679– (RGPD), así como la Ley de protección de datos en el caso español.

La privacidad supone un espacio de autonomía personal en la sociedad digital. Como cualquier derecho fundamental, la privacidad tiene límites[3], claro está, que son especialmente relevantes con ocasión de la IA.

De entre las posibles aplicaciones de la IA con impacto en la protección de datos (técnicas de reconocimiento fácil y utilización de datos biométricos, uso de sistemas de IA en los procesos de gestión de datos y de toma de decisiones, el uso de IA con funciones predictivas, la prevención de la discriminación algorítmica, la elaboración de perfiles), nos centraremos en la recopilación y tratamiento de datos por parte de las organizaciones políticas con fines de comunicación a través del uso de técnicas de big data e IA.

Este asunto fue especialmente relevante en el caso de *Cambridge Analytica*, en el que un test de personalidad llevado a cabo a usuarios de Facebook se usó para inferir perfiles psicológicos de cada uno de ellos. Así, la empresa logró saber cómo debía ser el contenido y el tono de un mensaje publicitario para cambiar la forma de pensar de los votantes de forma casi individualizada. El resultado es conocido.

Algo parecido sucedió con ocasión del Brexit en el Reino Unido, en donde la decisión final de los ciudadanos también se vio influida por técnicas de IA que elaboraron perfiles ideológicos específicos a los que enviaron publicidad segmentada. Este asunto ha puesto de manifiesto el potencial de la IA –mal utilizada– para remover los cimientos de la democracia[4], o amenazar la integridad de sus procesos de elección.

En España, Ley Orgánica 3/2018, de protección de datos y garantía de los derechos digitales, introdujo un nuevo artículo 58.bis en la Ley Orgánica 5/1985 del régimen electoral general que, en su apartado 1 establecía que:

---

2. Fernández-Aller, C. et al *(2021)* «An Inclusive and Sustainable Artificial Intelligence Strategy for Europe Based on Human Rights», in *IEEE Technology and Society Magazine*, vol. 40, no. 1, pp. 46-54, March 2021, doi: 10.1109/MTS.2021.3056283; Australian Human Rights Commission (2019) *Human Rights and Technology • Discussion Paper***.** ISBN 978-1-925917-15-4
3. Schermer, B (2011), «The limits of privacy in automated profiling and data mining» 27 *Computer Law & Security Review* 45. https://doi.org/10.1016/j.clsr.2010.11.009 (20-09-2021)
4. Christodoulou, Ee. y Lordanou, K. (2019) «Democracy Under Attack: Challenges of Addressing Ethical Issues of AI and Big Data for More Democratic Digital Media and Societies» *Frontiers in Political Science; https://www.frontiersin.org/articles/10.3389/fpos.2021.682945/full* (20-09-2021).

> «La recopilación de datos personales relativos a las opiniones políticas de las personas que lleven a cabo los partidos políticos en el marco de sus actividades electorales se encontrará amparada en el interés público únicamente cuando se ofrezcan garantías adecuadas».

De esta forma, se autorizaba a los partidos políticos la recogida de datos personales de cualquier fuente (internet, redes sociales, páginas web, tratamientos no automatizados…) con el fin de perfilar a las personas en función de sus opiniones políticas, y todo ello sin el consentimiento de los sujetos afectados. Al poco tiempo se declaró inconstitucional[5].

Fundamentalmente, el Tribunal Constitucional criticó el precepto impugnado por tres razones: i) no determinó la finalidad del tratamiento de las opiniones políticas. Únicamente mencionó el interés público de manera genérica, pero sin especificar ese interés que fundamenta la restricción del derecho fundamental y sin establecer claramente sus límites y su regulación. Por tanto, no puede valorarse la legitimidad de la finalidad ni la proporcionalidad de la medida; ii) No determinó reglas precisas sobre los supuestos y condiciones en los que puede restringirse el derecho fundamental a la protección de datos. La mención del «marco de sus actividades electorales» no es una condición suficientemente precisa para conocer la finalidad o el bien constitucional que justifica la limitación del derecho fundamental; iii) No incorporó garantías adecuadas ni remitió expresamente a fuentes externas con rango normativo adecuado.

1.1. El derecho a la protección de datos

Los artículos 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante, CDFUE), 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH), 16 del Tratado de Funcionamiento de la UE (en adelante, TFUE) y 18.4 de la Constitución Española, (en adelante, CE) reconocen el derecho de la persona a decidir y controlar el uso de sus informaciones personales en manos de terceras personas, sean estas públicas o privadas, en la aceptación de que la intimidad, dignidad y personalidad se proyectan en forma de informaciones personales que revelan parte de nuestro modo de ser y de actuar. Dicho poder de decisión sobre los datos personales propios se concreta en un conjunto de facultades que permiten al sujeto ejercer dicho control para ser dueño de su propia libertad e identidad. El conjunto de facultades forma parte del contenido esencial del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal, de manera que la lesión en alguna de las facultades aludidas podría provocar una vulneración del derecho en cuestión. El contenido esencial es inalterable por el

5. Vid. Fernández-Aller, C. (2020),) «¿Vale todo para hacer propaganda electoral en internet? » *The Conversation* https://theconversation.com/profiles/celia-fernandez-aller-718032/articles; Vid. así mismo la Sentencia del Tribunal Constitucional 76/2019 del 22 de mayo de 2019 que declaró inconstitucional el apartado 1 del artículo 58 bis de la LOREG (Ley Orgánica del Régimen Electoral General).

legislador ordinario y permite identificar al derecho como tal, reconocerlo a través de la finalidad perseguida por dicha categoría jurídica: proteger al individuo a través de la protección de sus datos personales[6].

El derecho a la protección de datos constituye el principio de la relación entre el Derecho y la tecnología. De las primeras cuestiones que saltaron al nuevo escenario que ofrecía la tecnología fueron por un lado las ventajas que proporcionaba y por otro los peligros que suponía su uso para los derechos de la persona. La protección de datos surge así como el primer foco donde se advierte la necesaria intervención del Derecho, y no menor, pues pese a sus titubeantes inicios a la sombra de la intimidad se ha configurado como un auténtico derecho fundamental con sustantividad propia frente al derecho con el que conserva una relación sustancial, pero con el que sus diferencias justifican un contenido esencial propio y diferenciado de aquél[7]. La ciudadanía demanda espacios de protección individual propios en la sociedad digital que se han de añadir al contenido esencial de los derechos en su versión más clásica y que el Derecho no puede obviar. La modulación alcanza no solo a los derechos fundamentales, sino que la propia democracia y el mercado experimentan también la influencia de la tecnología, incluso la persona y sus características[8]. La vida individual pero también la vida social refleja y proyecta una profunda transformación de la mano de la tecnología.

La relación de la protección de datos con la IA es innegable. Por ello, la primera consecuencia que se deriva de esta conexión es que la IA que recurre a datos personales ha de someterse a las normas sobre protección de datos vigentes. La IA puede emplear la tecnología para extraer conclusiones a partir de datos por medio de algoritmos de una manera independiente de la voluntad humana y puede provocar por ello riesgos en los derechos de los ciudadanos que deben ser conjurados. Con las tecnologías que incorporan la IA, las máquinas pueden actuar y aprender por medio de una combinación de algoritmos cuya finalidad es asemejarse en todo lo posible a las capacidades del ser humano. Los algoritmos no sólo emplean datos personales de los sujetos, sino que a partir de estos datos se pueden elaborar más volúmenes de datos que aportan una información sobre el individuo totalmente desconocida para este último. Respecto de

6. Rebollo Delgado, L. y Serrano Pérez, M.ª M., *Manual de Protección de Datos*, Dykinson, S. L., Madrid 2019, pág. 137-139.
7. Así lo afirmó el TC en un análisis acertado del derecho, procurando una interpretación en consonancia con el reconocimiento del mismo en el contexto europeo e internacional y difícilmente reconocible en el entorno del art. 18.4 CE. El ámbito de la protección de datos es más amplio que el de la intimidad (limitado a las esferas más esenciales y cercanas a la personalidad del individuo).
8. De la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo, T. (2019), «Derechos fundamentales, democracia y mercado en la edad digital», *Derecho Digital e Innovación*, núm. 1, enero-marzo. Este autor afirma que se protege el dato en su objetividad, aunque por su conexión con la persona humana y el libre desarrollo de la personalidad. Por ello la cláusula del pleno ejercicio de sus derechos cobra especial relevancia. *Ya no estamos solo en la protección del dato personal, sino que nos deslizamos hacia otros horizontes, donde la protección del menor, de la igualdad, de la libertad de expresión e información, del mercado y de la democracia misma comienzan a emerger.*

este tipo de datos habrá que determinar cómo se aplican el consentimiento, el derecho a la información, el principio de finalidad o el ejercicio de los derechos de la ciudadanía.

Habrá que preguntarse si la regulación originaria pensada para proteger al individuo y sus datos personales es suficiente para dispensar dicha protección en los sistemas de IA que manejen datos personales. La IA desde el enfoque de los derechos debe ser la premisa a tener en cuenta siempre. Esa orientación es la que sostiene la distinción contenida en la propuesta de Reglamento sobre inteligencia artificial que contempla los sistemas de IA que entrañan un riesgo inaceptable en función de la amenaza que suponen para los derechos de las personas y para los valores de la Unión Europea, así como un alto riesgo en el caso de que entrañen un peligro para los derechos fundamentales o para la seguridad.

El empeño de la Unión Europea a través de las iniciativas legislativas y de las propuestas sobre IA aspira a liderar este campo a nivel mundial bajo estándares comunes. No solo está en juego el valor económico del dato, y por tanto la economía europea, sino también un modo de vida que defiende el Estado social y democrático de Derecho que puede verse atacado por la IA y la generalización de la tecnología sin reglas y directrices concretas, en especial el disfrute de los derechos fundamentales por los ciudadanos. En este sentido, la propuesta de Reglamento por el que se establecen normas armonizadas sobre inteligencia artificial[9] prohíbe aquellos usos de la IA que directamente sean contarios a los valores de la Unión o a los derechos fundamentales; en la misma línea señala requisitos específicos para los sistemas de IA de alto riesgo y obligaciones para los operadores de dichos sistemas.

Para conjurar los riesgos derivados del uso de la IA es preciso acompañar las reglas jurídicas de pautas éticas centradas en convencer sobre la necesidad de respetar los derechos de las personas y defender un uso respetuoso de la tecnología. Proclamar y extender directrices éticas y crear y activar los instrumentos que efectivamente protejan la dignidad de la persona[10] son dos pilares esenciales en la consolidación adecuada de la IA. Junto a ello la elaboración de códigos de conducta (art. 40 RGPD) puede ser un mecanismo útil para intentar una adecuación de la normativa de protección de datos a los sistemas de IA.

El sometimiento de los sistemas de IA a la normativa de protección de datos[11] obliga al menos a preservar el contenido esencial que el derecho posee y que atribuye

9. Regulation of the European Parliament and of the Council laying down harmonized rules on artificial intelligence (artificial intelligence act) and amending certain union legislative acts, COM(2021) 206 final, disponible en https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/proposal-regulation-laying-down-harmonised-rules-artificial-intelligence

10. De la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo, T., «Las transformaciones del Derecho…», ob. cit., pág. 7.

11. Por ejemplo, un tratamiento puede incorporar procesos de IA, por ejemplo, que tomen decisiones sobre sujetos en base a la información aportada a través de los datos personales. Es el caso de una empresa que aplica la IA a datos de los interesados como clientes, empleados, etc., con el fin de diseñar políticas de marketing teniendo en cuenta las preferencias de sus clientes. Los datos personales de dichos

y garantiza al sujeto al control de sus datos personales y el uso que de los mismos se está haciendo. Es importante reconocer la necesidad de preservar un mínimo contenido esencial para proteger las facultades de control que incorpora el derecho. Así se desprende de la sentencia del Tribunal de Distrito de La Haya, de 5 de febrero de 2020, donde el tribunal reconoce que la elaboración de un informe de riesgo en las condiciones que recoge el proyecto SyRI (Sistema de Indicación de Riesgos) y la inclusión del informe en el registro es un factor significativo para el tribunal a la hora de evaluar que la normativa señalada se ajusta o no al art. 8, apartado 2, del CEDH y por tanto que realiza una interferencia en el respeto a la vida privada del sujeto. Para llevar a cabo dicho análisis, el tribunal sopesa que:

> «parte del derecho a la protección de datos personales es el derecho de toda persona a poder realizar un seguimiento razonable de sus datos personales y a ser informado sobre el procesamiento de sus datos. Aunque el inicio de un proyecto de Syri se publica en la Gaceta del gobierno, posteriormente se puede incluir un informe de riego en el registro por un período de dos años sin que el interesado lo sepa»[12].

Aceptando que se produce una injerencia en la vida privada de los ciudadanos y que dicha intromisión es necesaria en una sociedad democrática, es preciso que la legislación sea accesible y previsible, que exista un equilibrio entre el objetivo legítimo perseguido y la interferencia en la vida privada de los ciudadanos. La accesibilidad y previsibilidad de la ley que contemple un sistema de IA que emplea datos personales para cumplir sus objetivos debería precisar de forma exhaustiva las categorías de datos que pueden recogerse, los responsables, el periodo de mantenimiento de los datos, el principio de confidencialidad. Especialmente importantes son el principio de transparencia, de limitación de la finalidad, y el principio de minimización de datos.

1.2. La ética de la inteligencia artificial en la protección de datos

Que la IA pueda tomar decisiones de modo semejante a como lo podría hacer un ser humano, dependiendo de la combinación de algoritmos, no deja lugar a dudas para

clientes o empleados deberán gozar de protección. En estos casos el riesgo real de lesionar el derecho a la intimidad, a la protección de datos, a la igualdad… es permanente.

12. Sentencia de la Corte de Distrito de La Haya de 5 de febrero de 2020, (párrafo 6.60). La sentencia recupera la doctrina del TEDH sobre la calidad de la ley que aborde el tratamiento de datos a través de los sistemas de inteligencia artificial, y que debe proporcionar protección contra la arbitrariedad y contra la discrecionalidad de las autoridades públicas. Así resulta esencial «La existencia de reglas claras que especifiquen las medidas a adoptar, así como las garantías mínimas relativas al almacenamiento, duración, uso, acceso de terceros, procedimientos para preservar la integridad y confidencialidad de los datos y los procedimientos para su destrucción, aportando las garantías suficientes contra la amenaza de abuso y arbitrariedad», según se desprende del caso S. y Marper contra el Reino Unido. Un comentario a la sentencia en Lazcoz Moratinos, G., y Castillo Parrilla, J. A., «Valoración algorítmica ante los derechos humanos y el Reglamento General de Protección de Datos: el caso SyRI», *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, vol. 9, núm. 1 (2020), págs. 207-225. https://doi.org/10.5354/0719-2584.2020.56843

incorporar la ética a la misma. La ética como sostén de la forma de empleo de los sistemas de IA pretende reforzar desde otra perspectiva los principios jurídicos que presiden todo tratamiento de datos personales. La ética no contempla principios o comportamientos alejados del mundo jurídico. Al contrario, los postulados éticos aspiran a proteger la dignidad, la libertad, la igualdad. Para ello los sistemas de IA deben ser controlados desde el diseño y de forma continua. Además, es necesario ser «vigilantes tanto de la legitimidad ética de los tratamientos como de los efectos inesperados de estos»[13], así como los efectos colaterales de estos dependiendo del entorno social al que afectan[14].

Sin embargo, no pueden soslayarse las dificultades para reconciliar perspectivas muy heterogéneas a la hora de abordar los dilemas éticos de la IA. Asistimos a una proliferación de códigos éticos, elaborados por organizaciones dispares (empresas, asociaciones profesionales, instituciones públicas, etc), que poco están contribuyendo a incluir las inquietudes éticas desde el diseño de la tecnología[15].

La característica esencial de la IA ha de ser la fiabilidad. La IA fiable[16] es el requisito previo de su extensión y adopción por parte de las sociedades y de las personas. Solo con la generalización de la IA (fiable) se podrán conseguir todos los beneficios posibles. Pero la fiabilidad no se consigue bajo cualquier condición sino con la base sólida de la ética. La ética es uno de los componentes de una IA fiable, junto con la licitud y la robustez tanto técnica como social, según señala el documento Directrices éticas para una Inteligencia Artificial fiable[17], elementos que han de estar presentes en el diseño, desarrollo y utilización de los sistemas de IA. La finalidad del citado documento es convertir la ética en un pilar esencial que permita desarrollar la IA desde un enfoque único. En lo que respecta a la IA fiable desde la perspectiva ética hay que tener en cuenta cuatro principios básicos: el respeto a la autonomía humana, prevención del daño, la equidad y la explicabilidad[18].

La inteligencia artificial explicable es un conjunto de procesos y métodos que permite a los usuarios humanos comprender y confiar en los resultados generados por

13. AGDP (2020*) Adecuación al RGPD de tratamientos que incorporan Inteligencia Artificial. Una introducción*, pág. 7.
14. *Adecuación al RGPD de…*, ob. cit., La AEPD señala las relaciones del tratamiento con el entorno desde la perspectiva cultural, teniendo en cuenta el contexto en el que se despliega dicho servicio y en lo que tiene que ver con la interconexión masiva de componentes en la sociedad de la información, pág. 7.
15. El proyecto europeo SIENNA está promoviendo muy activamente este concepto del *Ethics by design,* https://sienna-project.eu/public-consultation/ai/ethics-by-design/
16. Los requisitos de la IA fiable son: acción y supervisión humanas, solidez técnica y seguridad, gestión de la privacidad y de los datos, transparencia, diversidad, no discriminación y equidad, bienestar social y ambiental, rendición de cuentas., Directrices éticas para una Inteligencia Artificial fiable, Grupo independientes de expertos de alto nivel sobre inteligencia artificial, creado por la Comisión Europea en junio de 2018, publicado en abril de 2019, disponible en https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/d3988569-0434-11ea-8c1f-01aa75ed71a1, pág. 18.
17. Directrices éticas para…, ob. cit., pág. 6.
18. Directrices éticas para…, ob. cit., pág. 10.

algoritmos de machine learning. La IA explicable ayuda a caracterizar la precisión, la imparcialidad, la transparencia y los resultados de los modelos en la toma de decisiones basada en IA. La explicabilidad de la IA[19] apoya la adopción de enfoques responsables de esta tecnología.

El campo de la protección de datos está fuertemente regulado. Podríamos decir que la normativa de la protección de datos está consolidada. Sin embargo, las novedades de la IA han provocado dificultades en la aplicación de determinados principios propios de la protección de datos, que han de estar presentes en los sistemas de IA que emplean datos personales, como por ejemplo la transparencia, el derecho de acceso, el derecho de información. La ética, bajo la fórmula de la prevención del daño y del respeto a los derechos fundamentales debe presidir estas dificultades de aplicación. La falta de la misma erosionaría la fiabilidad de la IA y por tanto provocaría una regresión en su implantación y aplicación, bajo el objetivo de mejorar la vida colectiva y social[20].

El empleo de cualquier técnica que provoque falta de equidad o no evite un posible daño debe ser rechazado por falta de ética, además de poder ser contrario a las leyes.

Dicho esto, no hay que desatender los peligros que suponen las formulaciones éticas de las empresas, que suelen ser muy amplias. Existe una sobreabundancia de códigos éticos, que hacen difícil el consenso en los valores fundamentales. En otras palabras, habrían de evitarse los peligros de los que alerta Floridi[21]: a) *Ethics shopping*, que supone que una organización elija, entre las muchas iniciativas que hay de códigos éticos muy dispersos, el que mejor se adapte a su forma de hacer, justificando así sus intenciones, poco coherentes con la ética en ocasiones. b) *Ethics dumping*, que consiste en la conducta de exportar prácticas no éticas a países donde hay más laxitud o diferencia de criterios. c) *Ethics lobbying*, o la práctica de algunos actores privados de usar autorregulación en temas como la ética de la Inteligencia Artificial para hacer lobby en contra de la introducción de normas con fuerza jurídica, sometidas estas últimas a mecanismos más exigentes en caso de incumplimiento. d) *Bluewashing*[22], que es la mala práctica de una organización pública o privada que busca aparecer socialmente

19. Arya, V., Bellamy, R. Chen, P., Dhurandh,A., et. Al (2019) «One explanation does not fit all: A toolkit and taxonomy of ai explainability techniques» arXiv preprint. En este texto se explica el kit de explicabilidad de IBM, *AI Explainability 360.*
20. Las Directrices éticas para…, ob. cit., pág. 13, señalan que *la reflexión ética sobre la tecnología de la IA puede servir para proteger a las personas y a los grupos en el nivel más básico…estimular nuevos tipos de innovaciones que busquen fomentar valores éticos, como las que contribuyen a lograr los Objetivos de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas… para mejorar el bienestar individual y el bienestar colectivo mediante la generación de prosperidad, la creación de valor y la maximización de la riqueza…contribuir a construir una sociedad justa ayudando a mejorar la salud y el bienestar de los ciudadanos de manera que promuevan la igualdad en la distribución de las oportunidades económicas, sociales y políticas.*
21. FLORIDI, L. (2019), «Translating principles into Practices of Digital Ethics: Five Risks of Being Unethical». *Philosophy and Technology,* 32, 185-193. https://doi.org/10.1007/s13347-019-00354-x
22. Vid. Yeung,K., Howes, Pogrebna (2020), «AI Governance by Human Rights-Centered Design, Deliberation and Oversight: and End to Ethics Washing», in *The Oxford Handbook of Ethics of AI*, Ed. Oxford University Press.

como más verde, sostenible y comprometida de lo que en realidad es. Pero en realidad, el compromiso social es mucho menor de lo que aparenta ser.

Otros temas que suscitan preocupación desde el punto de vista ético son los siguientes, según un análisis *focus group*[23] en el que participaron 63 personas:

- Reconciliar las diferentes y heterogéneas perspectivas éticas.
- El auge de la polarización y el populismo, muy agudizadas por el uso de IA, que erosionan la democracia.
- La falta de sensibilidad ética de los ingenieros que desarrollan la IA.
- Falta de presión sobre los productores de IA para incorporar las cuestiones éticas (escasas consecuencias en caso de incumplimientos éticos)
- Los usuarios eligen a veces su conveniencia por encima de la privacidad u otros valores éticos.
- Retos en relación a las legislaciones insuficientes

1.3. Retos que presenta el uso generalizado de algoritmos: el caso de la publicidad política personalizada

Existe un debate prolongado en relación con el tratamiento automatizado de datos y los algoritmos y su impacto en el derecho a la intimidad y la protección de datos. Los algoritmos facilitan la recopilación de grandes cantidades de datos e imágenes, lo que puede tener graves consecuencias para el disfrute del derecho a la vida privada y familiar, incluido el derecho a la protección de datos.

Los algoritmos se utilizan en el seguimiento y la elaboración de perfiles en línea de las personas[24] cuyos patrones de navegación se registran mediante *cookies* y tecnologías similares, como la huella digital, agregada a las consultas de búsqueda (motores de búsqueda/asistentes virtuales). Por otro lado, los datos de comportamiento se procesan a partir de dispositivos inteligentes, como los datos de localización y otros datos de los sensores a través de aplicaciones en los dispositivos móviles, lo que trae consigo desafíos para la privacidad.

Las aplicaciones de seguimiento y elaboración de perfiles en línea se han utilizado en la publicidad dirigida, por parte de los partidos políticos, basada en el perfil de los presuntos intereses de una persona. En este caso, el consentimiento del usuario es un requisito imprescindible[25]. En los casos comentados anteriormente, el *micro targeting* se

23. C, E. y Lordanou, K., (2019), «Democracy Under Attack…», ob. cit., https://www.frontiersin.org/articles/10.3389/fpos.2021.682945/full (20-09-2021).
24. Vid. Ebert, N. (2020) *Algorithms and Law*. Ed. Cambridge University Press, pag. 70; Woodrow, B. (2020), *The Cambridge Handbook of the Law of Algorithms.* University of Washington, Ed. Cambridge University Press, p. 632.
25. No lo sería en los casos en que el ciudadano haya hecho públicos esos datos con carácter previo. Sin embargo, esta excepción ha de interpretarse de forma muy restrictiva, tal y como ha puesto de

ha llevado a cabo sin la preceptiva solicitud de consentimiento. Ninguna de las causas que eximen de este requisito justificaban la utilización de inteligencia artificial para perfilar a los ciudadanos y dirigirles campañas de publicidad política personalizadas: ni interés legítimo[26], ni interés vital del interesado, ni contrato existente justificaron dichas actuaciones.

Se está intentando actualizar el Convenio del Consejo de Europa para la Protección de las Personas con respecto al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal de 1981 (Convenio 108) en consonancia con la evolución tecnológica, y para definir con mayor precisión los derechos del interesado con respecto a las implicaciones para la privacidad de las herramientas contemporáneas de recogida, tratamiento, reutilización y elaboración de perfiles de datos. El artículo 8 del proyecto de Convenio modernizado establece el derecho explícito de toda persona a no ser sometida a una decisión que le afecte significativamente, basada únicamente en un tratamiento automatizado de datos, sin que se tome en consideración su opinión; el derecho a conocer los motivos del tratamiento de datos cuando se le apliquen los resultados de dicho tratamiento; y a oponerse en cualquier momento, por motivos relacionados con su situación, al tratamiento de los datos personales que le conciernen, a menos que el responsable del tratamiento demuestre que existen motivos legítimos para el tratamiento que prevalecen sobre sus intereses o derechos y libertades fundamentales. Las propuestas de modernización pretenden, además, ofrecer garantías complementarias en materia de transparencia (artículo 7bis) y la necesidad de examinar el impacto probable del tratamiento de datos sobre los derechos y libertades fundamentales de la persona antes de iniciar dicho tratamiento (artículo 8bis). Es decir, el derecho a la explicabilidad y estudios de impacto en la privacidad.

Las *Directrices sobre la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales en un mundo de Big data* adoptadas recientemente por el Comité del Convenio para la Protección de las Personas con respecto al Tratamiento Automatizado de Datos Personales proporcionan un marco general para aplicar políticas y medidas adecuadas para seguir haciendo efectivos los principios de protección de datos en el contexto de Big Data.

Los marcos normativos de protección de datos a nivel de la UE, como el RGPD ya mencionado, también establecen normas para el uso de algoritmos en la recopilación de datos, incluyendo posiblemente un derecho limitado a la información.

---

manifiesto el Comité Europeo de Protección de Datos en su Resolución 2/2019 de 13 de marzo. Esta excepción, defiende, no puede legitimar el procesamiento de este tipo de datos derivados de los primeros.

26. Algunos autores defienden que para legitimar los tratamientos de big data hay que acudir al interés legítimo del responsable. Moerel, E.M.L. «Big Data Protection. How to Make the Draft EU Regulation on Data Protection Future Proof» (February 14, 14). Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=3126164 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3126164

La elaboración de perfiles, en sí misma, significa la extrapolación de los datos disponibles en Internet mediante procesos de recopilación automatizada de información y la posterior construcción y aplicación de perfiles. Las técnicas de elaboración de perfiles pueden beneficiar a los individuos y a la sociedad, por ejemplo, al permitir una mejor segmentación del mercado o un análisis de los riesgos y el fraude. Sin embargo, el uso de esta técnica en el ámbito de la propaganda electoral también suscita importantes preocupaciones. La Recomendación del Consejo de Europa sobre la elaboración de perfiles[27] aborda el riesgo de que los perfiles basados en datos atribuidos a un sujeto permitan generar nuevas informaciones, incluso mediante la agregación de datos. Esta información puede entonces ser explotada mediante el uso de algoritmos, lo que crea un riesgo de vigilancia a gran escala por parte de entidades privadas y gobiernos por igual. El Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas se hace eco de esta opinión y, el 22 de marzo de 2017, señaló con preocupación:

> «que el tratamiento automático de datos personales para la elaboración de perfiles individuales puede dar lugar a discriminaciones o a decisiones que podrían afectar al disfrute de los derechos humanos, incluidos los derechos económicos, sociales y culturales».

La principal preocupación de utilizar los datos de los perfiles para diferentes fines a través de algoritmos es que los datos pierden su contexto original. La reutilización de los datos puede afectar a la autodeterminación informativa de una persona. Generalmente, los/las interesados/as no serán conscientes de la posterior reutilización de los datos más allá de su contexto original. Además, los resultados obtenidos a través de los algoritmos de búsqueda pueden ser incompletos, inexactos o desfasados, extrayendo conclusiones que pueden ser perjudiciales.

En este sentido, resulta clave el cumplimiento del deber de información al interesado: si los ciudadanos conociesen que sus datos iban a tratarse con IA para elaborar campañas de publicidad política personalizadas, ¿darían su consentimiento? Parece claro que no, al menos una gran mayoría.

A pesar de la importancia del consentimiento y la información en el caso de la utilización de IA para la elaboración de perfiles que permitan publicidad electoral personalizada, la realidad impide que estos requisitos puedan llevarse a cabo. La naturaleza de las tecnologías trae consigo que los resultados no puedan predecirse, por lo que difícilmente puede informarse con carácter previo.

27. Consejo de Europa. *Protección de las personas en lo que respecta al tratamiento automático de datos personales en el contexto de la elaboración de perfiles*. Recomendación CM/Rec (2010)13 y exposición de motivos. Consejo de Europa, 23 de noviembre de 2010. https://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdcj/CDCJ%20Recommendations/CMRec(2010)13E_Profiling.pdf

Con respecto al consentimiento, ¿cómo podría garantizarse la revocabilidad del mismo? Esta solicitud limitaría el número de los datos utilizados, y pondría en serias dificultades a las empresas de IA de tamaño reducido[28].

2. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD, LA PROTECCIÓN DE DATOS Y LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL

Tal y como se ha explicado, el tratamiento de datos personales a través de la IA puede originar la elaboración de un perfil[29] de los individuos que puede convertirse en una amenaza contra el derecho fundamental a la igualdad[30]. En la medida en que diseñemos un proceso de selección que valore ciertos datos y ciertas informaciones por encima del resto podemos estar realizando una discriminación mecánica que puede tener su influencia en los ciudadanos/as, independientemente de los errores de sesgo que acompañan a la IA. Incluso sin información sesgada, el efecto de la aplicación de la IA puede provocar una discriminación real que sufrirían los sujetos sobre los que se ha elaborado un determinado perfil en base a la IA; es obvio, sin embargo, que también se pueden obtener ventajas, objetivo final de la tecnología.

La discriminación puede venir de cualquiera de las circunstancias específicas contempladas en el art. 14 CE o de la genérica. Quizá a estas alturas del siglo XXI merecería introducir esta causa de discriminación de forma particular en el art. 14, tal y como señala Quadra-Salcedo[31], en una futurible reforma constitucional que adaptara el precepto a las nuevas circunstancias de discriminación. La elaboración de perfiles puede por tanto agravar los estereotipos fomentando las diferencias sociales, provocar la denegación de determinados productos o incluso bienes o servicios. Es más, todo puede estar basado en una predicción inexacta o errónea, en la que si no está contemplada su corrección a través de la intervención humana puede perpetuarse indefinidamente.

28. Mitrou, L., «Data Protection, Artificial Intelligence and Cognitive Services: Is the General Data Protection Regulation (GDPR) 'Artificial Intelligence-Proof?» (December 31, 2018). Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=3386914 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3386914, pág. 40.
29. El art. 4 apartado 4 RGPD define la elaboración de perfiles como «toda forma de tratamiento automatizado de datos personales consistente en utilizar datos personales para evaluar determinados aspectos personales de una persona física, en particular para analizar o predecir aspectos relativos al rendimiento profesional, situación económica, salud, preferencias personales, intereses, fiabilidad, comportamiento, ubicación o movimientos de dicha persona física».
30. De La Quadra Salcedo Fernández del Castillo, F., «Retos, riesgo y oportunidades de la sociedad digital», *Sociedad digital y Derecho,* De la Quadra-Salcedo, T. y Piñar Mañas, J. L., (directores), Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, Madrid 2018, pág. 57 y ss.
31. De La Quadra Salcedo Fernández del Castillo, F., «Las transformaciones del Derecho…», ob. cit., afirma que, aunque se considerarse por algunos que estos <<prejuicios>> con soporte estadístico no encajan tampoco en la razón genérica, residual, innominada y final del artículo 14 CE, la cuestión es si merecería a la altura del tiempo en que estamos introducirla expresamente como una causa de discriminación que no pudo ser considerada en 1978, pues no existía la tecnología ni la capacidad para suponer la real existencia de los perfiles.

La aplicación del RGPD a estas situaciones se regula en el art. 22, donde se recoge el derecho del individuo a no ser objeto de una decisión basada en un tratamiento automatizado; además, el RGPD se aplica a la recogida de los datos para la creación de los perfiles y a la aplicación de dichos perfiles a los individuos[32]. Este tipo de casos pueden darse si se trata de un algoritmo que toma una decisión automatizada, en base a un perfil o no, pero sin intervención previa y determinante de un ser humano. Es verdad que este apartado se excepciona en las circunstancias del apartado segundo, donde destaca el consentimiento del sujeto, que la decisión sea necesaria en el contexto de la celebración o ejecución de un contrato entre el sujeto y el responsable del tratamiento o bien si dicha decisión está contemplada en el Derecho de la Unión o de los Estados miembros al que se somete el responsable del tratamiento, y siempre que se adopten las medidas adecuadas para la protección de los derechos y libertades del interesado. Esto en todos los casos admitidos por la norma, señalando expresamente el derecho a obtener la intervención humana en el proceso de decisión a través de la IA, a poder expresar su punto de vista y a impugnar la decisión. De la elaboración de perfiles a través del manejo de datos se excluyen las categorías especiales de datos del art. 9.2 RGPD (entre los que figuran los datos relativos a opinión política, salvo si se ha dado consentimiento o por motivos de interés público). Además de las garantías específicas que recoge el art. 22 RGPD, los arts. 13 y 14 relativos al derecho a la información recogen la obligación de comunicar al interesado/a, para asegurar un tratamiento de datos transparente y leal, «la existencia de decisiones automatizadas incluida la elaboración de perfiles a que se refiere el artículo 22, apartado 1 y 4 y, al menos en tales casos, información significativa sobre la lógica aplicada, así como las consecuencias previstas de dicho tratamiento para el sujeto». Esta información ha de proporcionarse tanto si los datos se recaban del interesado como si no se recaban directamente de él. Por otro lado, la comunicación que se suministre al sujeto en relación con el art. 22 RGPD, ha de ser, según el art. 12.1 RGPD, concisa, transparente, inteligible y de fácil acceso, con un lenguaje claro y sencillo, aspectos que ha destacado la sentencia de la Corte de Distrito de La Haya en relación a la norma. Por ello es necesario respetar los principios del art. 5 RGPD, la licitud, la lealtad y la transparencia (art. 5.1 a) RGPD). Igualmente, el principio de finalidad para evitar que los datos recogidos para un fin sean empleados para obtener un perfil del individuo que nos aporte información sobre, por ejemplo, su estilo de vida, finalidad no prevista en la recogida inicial (para lo que será necesario recabar un nuevo consentimiento o bien informar en la recogida primera de los datos de esta posibilidad).

32. El RGPD distingue entre perfiles (tratamiento automatizado de datos personales que arrojan una evaluación de la persona, nos ofrecen una determinada conclusión sobre ella) y decisiones automatizadas son decisiones que se toman, puede ser en base a un perfil ya existente o en base a datos de las personas, fundamentadas solamente en un tratamiento automatizado sin la intervención del ser humano. Las decisiones automatizadas pueden efectuarse sin la elaboración de perfiles, pero puede ocurrir que la toma de decisiones automatizadas se transforme en un proceso de elaboración de perfiles, dependiendo del uso de los datos.

Junto a ello la minimización de los datos y la limitación de su conservación deben estar garantizados por el responsable del tratamiento que originará la elaboración de perfiles. Muy importante es la exactitud del dato pues, si los datos empleados en un proceso de decisión automatizada o de elaboración de perfiles son inexactos en origen, la decisión final o el perfil serán erróneos.

Además, el responsable del tratamiento ha de facilitar el ejercicio del derecho contemplado en el art. 22 RGPD, esto es, impugnar la decisión. Para la impugnación de la decisión es fundamental haber cumplimentado el derecho de información. La falta de observancia del derecho a la información podría provocar el desconocimiento de la existencia de decisiones y de perfiles sobre la base de datos personales, lo que impediría llevar a cabo al menos un seguimiento razonable de los datos, tal y como ya hemos señalado, y podría provocar una lesión en el derecho a la protección de datos personales. El responsable del tratamiento ante el que se solicite la impugnación de la decisión adoptada o el perfil, en virtud del art. 22, y según el art. 12.3 RGPD, deberá atender dicha solicitud en el plazo de un mes desde la recepción, aportando la información necesaria. El plazo podrá prorrogarse hasta dos meses en atención a la complejidad del asunto o del número de solicitudes.

Puede concluirse que, ninguna de estas previsiones del legislador, están siendo aplicables en el caso de los perfiles y el marketing político. Ningún ciudadano conoce que está siendo perfilado, ni ejercita los derechos previamente mencionados.

La situación es grave, puesto que se puede lesionar el derecho a la igualdad en función del perfil que tengamos del sujeto tras el tratamiento de los datos recogidos. Los datos, que por otra parte será un volumen elevado, aportan la información, pero el diseño del perfil puede excluir a sujetos con base en una solución estadística. El riesgo está en la elaboración del perfil y en el uso que del mismo se haga.

Algunos retos que están pendientes en torno a la discriminación algorítmica son los siguientes:

1) el factor humano y el desafío de los estereotipos y los sesgos cognitivos explican cómo los sesgos implícitos, los estereotipos nocivos y los prejuicios discriminatorios que tienen los humanos corren el riesgo de infectar los algoritmos que crean los humanos y cómo los sesgos de automatización y anclaje refuerzan estos riesgos;
2) el reto de los datos, puesto que los datos encarnan las pautas de discriminación históricamente consolidadas que estructuran la sociedad y el entrenamiento de los algoritmos con esos datos puede ser un factor de riesgo.
3) el reto de la correlación: el reto de la correlación explica cómo los algoritmos pueden dar lugar a correlaciones discriminatorias (por ejemplo, el género puede correlacionarse negativamente con el rendimiento laboral, no por una relación causal, sino porque las mujeres han sido históricamente evaluadas más negativamente que los hombres por el mismo rendimiento laboral) al tratarlas como

causalidades y utilizándolas como base para posteriores decisiones, recomendaciones o predicciones;

4) el reto de la transparencia y la explicabilidad: se refiere a las dificultades para supervisar y probar ciertos tipos de algoritmos (incluso para los informáticos) y a la falta de información sobre las características protegidas;
5) el reto de la escala y la velocidad describe cómo la discriminación algorítmica puede extenderse a mayor escala y a un ritmo mucho más rápido que la discriminación humana, ya que los algoritmos aceleran y amplían la toma de decisiones; y
6) el reto de la responsabilidad y la rendición de cuentas: se refiere a la dificultad de identificar a quién hay que considerar responsable de un resultado discriminatorio en el contexto de las complejas relaciones entre el hombre y la máquina, dado que, en el diseño, la comercialización y el uso de los algoritmos intervienen muchas partes diferentes.

Se necesita mayor profundización en las relaciones entre privacidad y no discriminación algorítmica[33]. Por otro lado, es llamativa la ausencia del género entre los datos sensibles que prevé el RGPD en su artículo 10.

Como conclusión, debemos decir que existe una necesidad de lo que se denomina la transparencia algorítmica[34], que según la definición de la Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica (2015/2103(INL)) consiste en que «siempre ha de ser posible justificar cualquier decisión que se haya adoptado con ayuda de la inteligencia artificial y que pueda tener un impacto significativo sobre la vida de una o varias personas; siempre debe ser posible traducir los cálculos del sistema de inteligencia artificial a una forma comprensible para los humanos».

La Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre *Los impactos en los derechos humanos de los sistemas algorítmicos*[35] establece algunas recomendaciones aplicables al caso que comentamos sobre publicidad política personalizada. Así, por ejemplo, hace énfasis en el conjunto de datos que se utilizan en el diseño, el desarrollo, el despliegue continuo y la adquisición de sistemas algorítmicos. Los Estados deben evaluar cuidadosamente qué normas de derechos humanos y de no discriminación pueden verse afectadas como resultado de la calidad de los datos que se introducen y extraen de un sistema algorítmico, ya que estos a menudo contienen

33. Le Clainche, J. y Le Métayer, D. (2012), «Données personnelles, vie privée et non-discrimination: des protections complémentaires, une convergence nécessaire» (Personal data, privacy and non-discrimination: complementary protections, a necessary convergence), *Revue Lamy Droit immatériel,* 90
34. Vid., además The Alan Turing Institute /ICO (2020) *Explaining decisions made with AI.* https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-data-protection/key-dp-themes/explaining-decisions-made-with-ai/
35. Recommendation CM/Rec(2020)1 of the Committee of Ministers to member States on the *human rights impacts of algorithmic systems (Adopted by the Committee of Ministers on 8 April 2020 at the 1373rd meeting of the Ministers' Deputies).*

sesgos[36] y pueden sustituir a clasificadores como el género, la raza, la religión, la opinión política o el origen social.

3. DERECHOS DE LOS INTERESADOS Y DEBERES DEL RESPONSABLE

3.1. Los derechos de los ciudadanos que reciben publicidad personalizada posterior a un tratamiento de IA

Los/las responsables de los sistemas de IA deben facilitar el ejercicio de los derechos de los sujetos en cada momento.

Resulta esencial, puesto que el sistema de IA puede incorporar a varios responsables durante toda su vida, que deben quedar perfectamente identificados para que el sujeto pueda dirigirse a ellos en caso de ejercitar los derechos correspondientes. El derecho de información al interesado y la transparencia del tratamiento vuelven a ser fundamentales para la protección de los derechos de los ciudadanos.

El RGPD recoge determinados aspectos referidos a la información sobre el tratamiento de datos personales. Entre ellos se encuentran:

a) el derecho a ser informado sobre determinadas cuestiones cuando se recojan datos personales, como el periodo en que se almacenarán los datos personales
b) el derecho a ser informado cuando se traten datos personales que no hayan sido obtenidos directamente del interesado
c) el derecho de acceso, que incluye el derecho a preguntar al responsable del tratamiento si sus datos personales están siendo tratados o no, y sobre determinados aspectos de ese tratamiento, como su finalidad.

Sin embargo, tal y como ya se comentó más arriba, ni el principio de consentimiento ni el de información son de fácil cumplimiento en el caso de los perfiles de ciudadanos a los que se envía publicidad política.

Como hemos mencionado, el artículo 22 del RGPD establece derechos específicos para una persona sometida a una toma de decisión individual automatizada, incluida la elaboración de perfiles. Estos derechos incluyen: el derecho a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles, que produzca efectos jurídicos o que le afecten significativamente de forma similar.

36. Los sesgos pueden estar relacionados con los métodos (por ejemplo, el sesgo de medición, el sesgo que afecta a las metodologías de las encuestas); con el objeto de la investigación (por ejemplo, el sesgo social debido al sesgo histórico o la infrarrepresentación de algunas categorías); con sus fuentes de datos (por ejemplo, el sesgo de selección) o con la persona responsable del análisis (por ejemplo, el sesgo de confirmación).

Cuando una persona haya dado su consentimiento explícito para el uso de sus datos personales en un tratamiento automatizado, la persona conserva al menos el derecho a obtener una intervención humana por parte del responsable del tratamiento, a expresar su punto de vista y a impugnar la decisión. Este derecho ha sido ya implementado en algunas leyes nacionales de la UE.

Algunos expertos sostienen que el RGPD no recoge un derecho explícito a la explicabilidad. Más bien el derecho de acceso proporciona un derecho a la explicación de la funcionalidad del sistema o un derecho a ser informado, que está restringido por los intereses del responsable del tratamiento. Otros sostienen que el RGPD apoya un derecho de acceso a la explicabilidad de una decisión que afecta a los datos personales de un individuo. Andrew Selbst y Julia Powles[37], por ejemplo, sostienen que leídos conjuntamente, los artículos 13-15 del RGPD establecen el derecho a una información significativa sobre la lógica implicada en una decisión automatizada. Aunque los autores no concluyen con precisión cómo debe ser esa explicación, afirman: *Creemos que el derecho a la explicabilidad debe interpretarse de forma funcional y flexible, y debe como mínimo, permitir que el interesado ejerza sus derechos en virtud del RGPD y de la legislación sobre derechos humanos.*

Otros expertos se han centrado en un concepto más amplio de transparencia, más que de explicabilidad. Margot Kaminski, por ejemplo, concluye que el RGPD regula el derecho a la transparencia al dar una importante capacidad de acceder a la información sobre el algoritmo; exigiendo a las empresas el establecimiento de regímenes internos de responsabilidad interna y de divulgación, incluida la realización de evaluaciones de impacto de la protección de datos; y recomendando el uso de auditores externos, con acceso a toda la información necesaria sobre el funcionamiento interno del sistema de aprendizaje automático sistema o algoritmo de aprendizaje automático.

3.2. Deberes del responsable que lleva a cabo perfilado de ciudadanos con IA para realizar campañas de marketing político

Un cumplimiento más riguroso de los deberes del responsable evitaría las desastrosas consecuencias que el perfilado con fines de marketing político está trayendo consigo.

3.2.1. Seguridad

El enfoque de responsabilidad proactiva[38] que caracteriza el RGPD (véase en especial su artículo 24), según el cual al responsable del tratamiento se le exige una valoración

37. Selbest, A. D. and Powles, J. (2017), «Meaningful information and the right to explanation» *International Data Privacy Law 233*, 7(4), 20 https://doi.org/10.1093/idpl/ipx022
38. Hernández Corchete, J.A, «Expectativas de privacidad, tutela de la intimidad y protección de datos», *Sociedad Digital y Derecho*, ob. cit., págs. 279-300.

general del riesgo que el mismo conlleva, pone el énfasis más en el derecho fundamental del ciudadano que en el mero cumplimiento de una reglamentación técnica por el responsable del tratamiento. Este nuevo enfoque requiere para su correcto funcionamiento de algunas opciones regulatorias complementarias. Destaca entre ellas que el incumplimiento de determinadas previsiones concretas de la normativa de protección de datos no necesariamente conlleve la imposición de sanciones, debiendo valorarse y justificarse cuándo la adopción de otras medidas correctoras no se considera como medida adecuada y suficiente.

En general, la mejora de la seguridad de los sistemas frente a ciberataques y otras amenazas es un reto clave de la IA[39]. El coste de las medidas de seguridad preventivas es menor que la gestión de los incidentes producidos. Hay que tener en cuenta que la IA ha creado nuevos riesgos y amenazas que habrá que considerar[40].

Acerca de la seguridad, comenta Vida Fernández[41], que la seguridad interna es un elemento común a todos los sistemas que deben funcionar de forma correcta para lo que han de estar adecuadamente diseñados. Asimismo, ese funcionamiento debe ser estable y resistente frente a alteraciones imprevistas en las condiciones de desarrollo, ya sean fortuitas o provocadas, por ejemplo, a través de un ciberataque. En el caso de la IA estas exigencias son más difíciles de cumplir en la medida que se trata de sistemas especialmente complejos que dependen de muchas variables para su correcto funcionamiento, por lo que se mantienen en un equilibrio muy precario que puede verse fácilmente alterado y dar lugar, no ya a una interrupción de su funcionamiento sino a desviaciones que pueden derivar en daños incluso mayores.

En cuanto a la seguridad externa, los sistemas de IA plantean unos problemas específicos ya que pueden plantearse dudas en cuanto a las consecuencias de su actividad. Los algoritmos que generan la capacidad de autoaprendizaje deben responder no solo a las condiciones de funcionamiento normal sino también a circunstancias extraordinarias para evitar que puedan verse superados ante su incapacidad para improvisar. Asimismo, debe garantizarse que la totalidad de los posibles resultados de su funcionamiento sean siempre seguros para la sociedad, lo cual introduce el problema del carácter autónomo que se analizará en el siguiente apartado.

39. González Espejo, M. J. y Pavón, J. (editores); Barrio Andrés, M. [et al.] (2020), *An Introductory Guide to Artificial Intelligence for Legal Professionals*. Ed. Kluwer Law International
40. Damiani, E. Artificial Intelligence Cybersecurity Challenges, ENISA, Diciembre 2020, https://www.enisa.europa.eu/publications/artificial-intelligence-cybersecurity-challenges.
41. Vida Fernández, J. «Los retos de la regulación de la inteligencia artificial: algunas aportaciones desde la perspectiva europea», en *Sociedad digital y Derecho,* ob. cit., pág. 202.

3.2.2. El papel del Consejo Europeo de la IA

Hay que destacar el papel del Consejo Europeo de la Inteligencia Artificial, propuesto en la normativa europea sobre IA que se encuentra en fase de proyecto, para asegurar que esta regulación se implemente y se cumpla.

La nueva regulación establece la creación de un Consejo Europeo de Inteligencia Artificial (el *Consejo*). El Consejo estará compuesto por un representante de cada autoridad nacional de control y un representante de la Comisión Europea. Cada autoridad nacional de control designará en el Consejo a un representante competente para desempeñar diversas funciones. El Consejo adoptará su propio reglamento interno por mayoría simple de sus miembros.

Las competencias de este Consejo Europeo serán:

a) supervisión de la aplicación coherente del Reglamento por parte de los Estados miembros, incluso mediante la emisión de dictámenes o documentos de orientación interpretativos;
b) recopilación y divulgación de las mejores prácticas entre los Estados miembros;
c) participación en el desarrollo de normas armonizadas o especificaciones comunes relacionadas con la inteligencia artificial;
d) asesoramiento y conocimientos técnicos a la Comisión y a otras instituciones, agencias y organismos de la Unión sobre cuestiones específicas relacionadas con la inteligencia artificial;
e) seguimiento continuo de la evolución técnica y del mercado en relación con la inteligencia artificial, incluidas sus repercusiones en la salud y la seguridad y en los derechos y libertades fundamentales de las personas
f) garantía de la coherencia y la coordinación en el funcionamiento de los compartimentos estancos reguladores de la inteligencia artificial.

La nueva regulación europea establece, además, el mantenimiento de una base de datos de aplicaciones de IA de alto riesgo, que facilitará un control sobre el alcance de estas aplicaciones y su impacto en los derechos.

3.2.3. Evaluaciones de impacto en la protección de datos

La evaluación de impacto en la protección de datos (EIPD) es un elemento clave de la ley de protección de datos que se centra en la responsabilidad y la protección de datos desde el diseño.

No se deben entender las EIPD como un simple ejercicio de cumplimiento de requisitos. Pueden servir de hoja de ruta para identificar y controlar los riesgos para los derechos y las libertades que puede plantear el uso de la IA. También son una oportunidad ideal para considerar y demostrar la responsabilidad por las decisiones que los responsables toman en el diseño o la adquisición de sistemas de IA.

Las EIPD son necesarias, en la gran mayoría de los casos, porque el uso de la IA implicará un tipo de tratamiento que puede suponer un alto riesgo para los derechos y las libertades de las personas y, por lo tanto, dará lugar a la obligación legal de realizar una EIPD. Se deberá realizar esta evaluación caso por caso. En los supuestos en los que considere que un uso concreto de la IA no implica un tratamiento de alto riesgo, deberá documentarse cómo se ha realizado esta evaluación.

Si el resultado de la evaluación indica que existe un riesgo residual elevado para las personas que no puede reducirse suficientemente, deberá consultarse a la autoridad de protección de datos antes de iniciarse el tratamiento.

Además de llevar a cabo una EIPD, también se puede recomendar a los responsables de los tratamientos que realicen otros tipos de evaluaciones de impacto o que los haga voluntariamente. Por ejemplo, evaluaciones de impacto de algoritmos.

A este tipo de evaluación se refiere el art. 35 RGPD y ahora también el art. 28 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

La EIPD será obligatorio si el uso de la IA implica: a) una evaluación sistemática y amplia de aspectos personales basada en el tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles, sobre la que se toman decisiones que producen efectos legales o de importancia similar; b) un tratamiento a gran escala de categorías especiales de datos personales; c) o una vigilancia sistemática de zonas de acceso público a gran escala.

La EIPD debe describir la naturaleza, el alcance, el contexto y los fines del tratamiento de los datos personales. Tiene que dejar claro cómo y por qué va a utilizar la IA para procesar los datos y debe detallar:

a) cómo va a recoger, almacenar y utilizar los datos;
b) el volumen, la variedad y la sensibilidad de los datos
c) la naturaleza de su relación con los individuos;
d) y los resultados previstos para los individuos o la sociedad en general.

El hecho de que un sistema que utilice IA sea, en general, más o menos arriesgado que un sistema que no la utilice depende de las circunstancias específicas. Por lo tanto, debe evaluarse en función de su propio contexto. La EIPD debe mostrar pruebas acerca de la consideración de alternativas menos arriesgadas, si las hay, que logren el mismo objetivo del tratamiento, y argumentar por qué no se han elegido.

La agencia noruega de protección de datos ha analizado algunas herramientas técnicas que pueden facilitar la inclusión de la protección de datos en la IA[42].

42. Norwegian Data Protection Authority (2018) *Artificial Intelligence and privacy,* pág. 26. https://www.datatilsynet.no/en/regulations-and-tools/reports-on-specific-subjects/ai-and-privacy/

3.2.4. Auditorías

Muchos expertos defienden la auditabilidad de los algoritmos[43] como un sistema que permitirá evitar la puesta en el mercado de sistemas de inteligencia artificial que conlleven riesgos inasumibles.

Los algoritmos deben desarrollarse teniendo en cuenta no sólo su funcionalidad sino también la licitud de sus premisas, la regularidad de su funcionamiento y la posibilidad de que un tercero pueda auditar todo ello.

El software debe estar diseñado para satisfacer estas exigencias de transparencia (limitada) y auditabilidad (plena). Esta auditabilidad respetará la confidencialidad del *know how,* secreto integrado en el sistema y la privacidad de los datos personales de los interesados.

El sistema tiene también debilidades: no sirve para auditar algoritmos *no deterministas* (los que trabajan con un componente esencial de aleatoriedad) ni para algunos sistemas de *machine learning*. Para estos hay otras soluciones.

Cotino (2019) recuerda además que «para determinar la intención, la responsabilidad por los actos de los instrumentos inteligentes, se necesitan *AI guardians*, esto es, programas de IA para examinar los propios programas de IA». La idea es que una IA que pueda vigilar los algoritmos.

En España, la recién aprobada Carta de Derechos Digitales recoge esta cuestión en la mención que hace de los derechos ante la Inteligencia Artificial: «se establecerán condiciones de transparencia, auditabilidad, explicabilidad, trazabilidad, supervisión humana y gobernanza».

3.2.5. Evaluación de conformidad para aplicaciones de alto riesgo

Antes de comercializar un sistema de IA de alto riesgo en el mercado de la Unión o de ponerlo en servicio de otra forma, los proveedores deberán someterlo a una evaluación de la conformidad. Esto les permitirá demostrar que su sistema cumple los requisitos obligatorios de una IA digna de confianza (por ejemplo, calidad de los datos, documentación y trazabilidad, transparencia, supervisión humana, exactitud y solidez). En caso de que el sistema en sí o su finalidad se modifiquen sustancialmente, deberá repetirse la evaluación. Para determinados sistemas de IA, también deberá participar en este proceso un organismo notificado independiente. Los sistemas de IA que sean componentes de seguridad de productos contemplados en la legislación sectorial de la Unión siempre se considerarán de alto riesgo cuando sean objeto de una evaluación de la conformidad por terceros con arreglo a dicha legislación sectorial. También en el

43. Kazim, E., Mendes, D., Denny, D. M. T. Y Koshiyama, A. (2021), «AI auditing and impact assessment: according to the UK information commissioner's office», *AI and Ethics.* https://doi.org/10.1007/s43681-021-00039-2

caso de los sistemas de identificación biométrica, siempre hará falta una evaluación de la conformidad por terceros.

Los proveedores de sistemas de IA de alto riesgo también tendrán que aplicar sistemas de calidad y gestión de riesgos para garantizar su conformidad con los nuevos requisitos y minimizar los riesgos para los usuarios y las personas afectadas, incluso después de que un producto se haya comercializado. Las autoridades de vigilancia del mercado apoyarán el seguimiento posterior a la comercialización mediante auditorías y ofreciendo a los proveedores la posibilidad de informar sobre incidentes graves o violaciones de los derechos fundamentales de que hayan tenido conocimiento.

Los Estados miembros desempeñan un papel clave en la aplicación y el cumplimiento del Reglamento de Inteligencia artificial (en proyecto). A este respecto, cada Estado miembro deberá designar una o varias autoridades nacionales competentes para supervisar la aplicación y ejecución, así como para realizar actividades de vigilancia del mercado. A fin de aumentar la eficiencia y establecer un punto de contacto oficial con la población y otros homólogos, cada Estado miembro deberá designar una autoridad nacional de supervisión, que también representará al país en el Comité Europeo de Inteligencia Artificial.

3.2.6. Sanciones por incumplimiento

Cuando se comercialicen o utilicen sistemas de IA que no respeten los requisitos del Reglamento, los Estados miembros deberán establecer sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias, incluidas multas administrativas, por las infracciones y notificarlas a la Comisión.

El Reglamento fija umbrales que deberán tenerse en cuenta:

- hasta treinta millones de euros o el 6 % del volumen de negocios anual total a escala mundial del ejercicio financiero anterior, optándose por la de mayor cuantía, por las infracciones por incumplimiento o prácticas prohibidas en relación con los requisitos sobre los datos;
- hasta veinte millones de euros o el 4 % del volumen de negocios anual total a escala mundial del ejercicio financiero anterior por el incumplimiento de cualquier otro requisito u obligación del Reglamento;
- hasta diez millones de euros o el 2 % del volumen de negocios total anual a escala mundial del ejercicio anterior por el suministro de información incorrecta, incompleta o engañosa a los organismos notificados y a las autoridades nacionales competentes en respuesta a una solicitud.

Con el fin de armonizar las normas y prácticas nacionales en materia de establecimiento de multas administrativas, la Comisión formulará directrices con el asesoramiento del Comité.

Como las instituciones, agencias y organismos de la UE deben dar ejemplo, también estarán sujetas a las normas y a las posibles sanciones; el Supervisor Europeo de Protección de Datos estará facultado para imponerles multas.

4. REGULACIÓN DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL

4.1. Consideraciones generales

Los esfuerzos reguladores de la UE en otros ámbitos digitales como la economía de las plataformas sugieren que se utilicen alternativas a la legislación como la autorregulación o los métodos de co-regulación[44].

La autorregulación puede ser una parte importante de un proceso de regulación

junto con los esfuerzos legislativos convencionales, pero este nuevo enfoque de gobernanza debe garantizar que todos los actores relevantes sean invitados a participar, no sólo los proveedores de la industria.

Según el enfoque de los derechos humanos, los organismos y foros de autorregulación no deberían consistir en reuniones en las que los actores de la industria discuten cuestiones de confianza, seguridad y protección de los ciudadanos sin contar con estos últimos. La gobernanza y la regulación de los algoritmos son cuestiones importantes que necesitan un amplio consenso en el que un debate democrático debe tener en cuenta la opinión de la comunidad en general.

La ética debe introducirse en la estructura de gobernanza, y no debe excluirse la regulación de ningún mecanismo de control. Actividades como la elaboración de perfiles y el *microtargeting*, que suponen graves amenazas para el pluralismo político y cultural, probablemente no se abordarían en un organismo de autorregulación compuesto únicamente por miembros corporativos.

Las regulaciones de la privacidad de los datos, que ya están en vigor en varios países de todo el mundo, ya afectan a la actividad algorítmica, pero no de forma completa. Aunque el RGPD establece las normas relativas a los algoritmos que utilizan datos personales, hay otros algoritmos que utilizan otros tipos de datos, que mal manejados pueden afectar a los derechos de las personas. El RGPD no es suficiente para un sistema de algoritmos basado en los derechos humanos.

La autorregulación es una de las alternativas, y aquí es donde actualmente nos encontramos. Deberíamos hacer una reflexión amplia para conocer si está funcionando. Aparentemente no: las grandes empresas tecnológicas americanas están publicando sus principios genéricos de IA sin especificar claramente un conjunto de comprobaciones reales para certificar el cumplimiento de estos principios.

44. Clarke, R. (2019) «Australia Regulatory alternatives for AI», *Computer Law & Security review*, num. 35, págs. 398-409 https://doi.org/10.1016/j.clsr.2019.04.008

En algunos casos, se han encontrado ejemplos notables que contravienen su propio conjunto de principios. Estas incoherencias denotan la desconexión entre los comités de ética de las empresas y los equipos de desarrollo y puesta en marcha de productos. Es esencial un enfoque multidisciplinar que incluya la ética y que esté en el centro del sistema de decisión de las empresas.

La integración de los conocimientos de expertos y expertas, en particular de las ciencias sociales e incluyendo métodos cualitativos, puede ayudar a superar algunas limitaciones. Estos conocimientos pueden utilizarse, por ejemplo, para informar al modelador de variables que pueden ser influyentes, pero no observadas (dos conjuntos independientes, el racismo estructural y el racismo del jurado, pueden conducir injustamente a un veredicto de culpabilidad).

Algunas voces muy autorizadas (Vinuesa, Azizpour, Leite, Balaam, Dignum, Domish, Fellander, Langhans, Tegmark, Nerini, 2020[45]) han afirmado que:

> «creemos que es imperativo desarrollar una legislación relativa a la transparencia y la responsabilidad de la IA, así como decidir el impulso que están dando iniciativas como la del IEEE (Instituto de Ingenieros Eléctricos y Electrónicos) y las nuevas directrices éticas de la UE para una IA fiable, Ethical Guidelines for trustworthy AI».

Sin embargo, el margen de maniobra del RGPD en el ámbito de los sistemas de decisión algorítmica (ADM) es bastante restringido. En cuanto a los objetivos sociales y de grupo, como la no discriminación y la participación, el RGPD tiene poco que ofrecer. Por este motivo, es necesario debatir sobre herramientas normativas complementarias más allá del RGPD.

La aplicación de la prohibición de los sistemas ADM del RGPD está, por diversas razones, muy restringida. El RGPD solo prohíbe la toma de decisiones totalmente automatizada.

Los sistemas que sólo preparan la base de las decisiones humanas y dan recomendaciones pueden seguir utilizándose. Para que la prohibición entre en vigor, los sistemas ADM deben tomar decisiones totalmente automatizadas sobre la base de datos personales. Además, las decisiones deben tener consecuencias legales o afectar de forma significativa al interesado. Si falta uno de estos tres criterios los sistemas deben ser lo más robustos posible para garantizar que –aunque se respete el propósito ético– la IA no cause daños involuntarios.

Hasta el momento, solo pueden mencionarse algunos ejemplos de regulación de justicia algorítmica. Uno es la Ley Básica sobre Robots (Corea del Sur) de 2019, y la propuesta de Algorithmic Accountability Act de Estados Unidos de 2019, que busca regular el sesgo en los sistemas automáticos de toma de decisiones. No especifica una definición de imparcialidad, permitiendo flexibilidad. Se exige a las empresas que

45. Tegmark et al. (2020) «The role of artificial intelligence in achieving the Sustainable Development Goals», *Nature Communications.*

auditen su aprendizaje automático para detectar sesgos y discriminación en una evaluación de impacto.

Es interesante conocer la regulación del uso de la IA en el ámbito público, por ejemplo, en el caso de uso de datos de salud. Contamos con algunas regulaciones comparadas, como el caso francés y el australiano[46]. En Australia, el uso de la inteligencia artificial para la toma de decisiones administrativas se está extendiendo, con habilitaciones normativas mucho más simples que las francesas.

4.2. Regulación europea de la IA en fase de discusión

Las exigencias legales que existen en este momento para la IA son comunes a cualquier tecnología que trate datos personales, no existiendo por el momento normativa específica aprobada. Como se ha mencionado, existe una propuesta a nivel europeo[47] que merece especial detenimiento por su pertinencia. Los sistemas de IA plantean retos adicionales gracias a su capacidad de procesamiento de los datos, por lo que pueden dar lugar a formas de tratamientos desconocidos hasta ahora, cuyos resultados pueden desbordar las medidas de protección dispuestas en la normativa común. Por este motivo, una norma que se adapte a los retos que presenta la IA es una necesidad clara de nuestras sociedades.

La regulación europea es el primer marco legal sobre esta tecnología, que además llega acompañada de otra normativa sobre maquinaria y robots. Una nueva normativa sobre IA que quiere garantizar la seguridad y fortalecer la inversión en IA en la Unión Europea, creando varios niveles de riesgo y prohibiendo el reconocimiento facial en determinadas situaciones**.**

La propuesta de la Comisión Europa para regular la inteligencia artificial informa de que las normas deberán ser implementadas por todos los Estados miembros por igual, quedando excluidos de la normativa los usos de la IA a nivel militar.

Los riesgos se clasifican en cuatro niveles. El mayor es el riesgo inaceptable, el que constituye una amenaza para la seguridad, los medios de vida y los derechos de las personas**.** Estos sistemas de IA estarán prohibidos, como el caso de la IA diseñada para manipular comportamientos y los sistemas de puntuación social, que dan una valoración social en función del comportamiento digital de los ciudadanos.

En un segundo punto de alto riesgo se incluyen usos de la IA en infraestructuras críticas que puedan afectar a la salud de los ciudadanos, usos de IA aplicada en la

46. Ponce Solé, J. *Inteligencia artificial, Derecho administrativo y reserva de humanidad: algoritmos y procedimiento administrativo debido tecnológico*. http://laadministracionaldia.inap.es/usuarios/noticia.asp?id=1509505#nota75

47. Propuesta de regulación de la Inteligencia artificial de abril de 2021: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_1682

educación, componentes en cirugía, sistemas de reclutamiento de personal, servicios públicos, legislación, inmigración o IA para la administración o justicia.

En todos estos ámbitos, la IA deberá estar sujeta a obligaciones estrictas, entre las que se incluye un análisis de riesgos, trazabilidad de resultados, documentación detallada, supervisión humana[48] y un alto nivel de robustez.

En un nivel más bajo, de riesgo limitado se incluyen los sistemas como *chatbots*, que deberán tener un mínimo nivel de transparencia y donde los usuarios deberán ser advertidos que están hablando con una máquina**.**

En el riesgo mínimo se engloba el resto de usos como videojuegos, aplicaciones de imagen u otros sistemas de IA que no impliquen riesgos. En estos casos, la nueva normativa no especifica ninguna medida.

Europa quiere impulsar el desarrollo de estándares para la IA y propone a las distintas organizaciones nacionales que supervisen esta normativa. Adicionalmente, desde la Comisión invitan a la creación de códigos voluntarios de conducta para los sistemas de IA sin riesgos.

Todos los sistemas de identificación biométrica remota serán considerados de alto riesgo. La Comisión Europea ha decidido no prohibir directamente los sistemas de reconocimiento facial**,** aunque sí aplicará requisitos estrictos. Se prohibirá su uso en zonas públicas, pero se contemplan algunas excepciones.

Es decir, las autoridades no podrán utilizar el reconocimiento facial para prevenir posibles delitos, aunque hay excepciones: «cuando sea estrictamente necesario para buscar un niño desaparecido, para prevenir una amenaza terrorista específica e inminente o para detectar, localizar, identificar o enjuiciar a un perpetrador o sospechoso de un delito grave». Estos usos concretos estarán sujetos a la autorización de un órgano judicial u otro organismo independiente y a los límites adecuados en el tiempo, el alcance geográfico y las bases de datos buscadas.

Respecto al reconocimiento facial, algunas organizaciones como *European Digital Rights* (EDRi)[49] opinan que cada vez era más difícil de justificar el no prohibir la vigilancia masiva biométrica. Aplauden la prohibición, a pesar de que no va suficientemente lejos. Entre las dudas que surgen está la definición de *remoto* o *en tiempo real***,** que podría abrir la puerta a determinados sistemas de reconocimiento como el uso de drones cerca de los manifestantes, cámaras en los policías o sistemas que no sean en directo.

48. LAZCOZ MORATINOS, Guillermo (2021) «Análisis de la propuesta de reglamento sobre los principios éticos para el desarrollo, el despliegue y el uso de la inteligencia artificial, la robótica y las tecnologías conexas». *IUS ET SCIENTIA* N.º 2 • ISSN 2444-8478, p. 40: En el apartado primero del artículo 7 que define la clase de intervención humana requerida para una IA de alto riesgo, sería oportuno que se añadiese a la garantía de una *supervisión humana integra*l el criterio cualitativo *y significativa*.
49. Muchos de los usos más dañinos no están prohibidos, como la vigilancia policial predictiva, los usos de la IA para el control de la migración, la categorización biométrica de raza, género, sexualidad y también la vigilancia de los trabajadores, que siguen siendo de alto riesgo.

CONCLUSIONES

El análisis realizado en este artículo ha pretendido establecer las relaciones y posibles colisiones entre el derecho a la protección de datos y la elaboración de perfiles de ciudadanos a través de la IA, con la finalidad de enviar publicidad política. Se están produciendo muchas colisiones con los derechos y los desarrollos futuros de esta tecnología plantearán nuevos retos.

Por el momento, la recomendación clave radica en reforzar los deberes del responsable de los tratamientos de datos personales a través de IA, que incluyen la realización de auditorías específicas y un exhaustivo deber de información que debe llegar a abarcar el principio de explicabilidad, superando las limitaciones impuestas por las *black-boxes.*

Valorando la necesidad de acudir a principios éticos consensuados, se aplaude muy especialmente la propuesta de regulación que la Comisión europea ha hecho pública recientemente. Dicha futura regulación debe incluir el enfoque de derechos humanos, asegurando un marco de protección reforzado para las personas, especialmente las que se encuentran en una situación de mayor vulnerabilidad. Todos y cada uno de los principios de derechos humanos deben incluirse en la legislación, con especial énfasis en el principio de transparencia y rendición de cuentas.

BIBLIOGRAFÍA

AGDP (2020*) Adecuación al RGPD de tratamientos que incorporan Inteligencia Artificial. Una introducción*. https://www.aepd.es/es/media/guias/adecuacion-rgpd-ia.pdf.

Australian Human Rights Commission (2019) *Human Rights and Technology Discussion Paper***.** ISBN 978-1-925917-15-4.

Barfield, W. (2020), *The Cambridge Handbook of the Law of Algorithms.* University of Washington, Ed. Cambridge University Press.

Bonmatí Sánchez, J., y Gonzalo Doménech, J. J., (2020) «La gestión de riesgos y su encaje legal en la regulación de la inteligencia artificial», *Era digital, Sociedad y Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia.

Christodoulou, E., Kalypso I. (2019), «Democracy Under Attack: Challenges of Addressing Ethical Issues of AI and Big Data for More Democratic Digital Media and Societies» *Frontiers in Political Science*.

Clarke, R. (2019) «Australia Regulatory alternatives for AI» *Computer Law & Security review*, num. 35, pp. 398-409.

Comisión Europea. Propuesta de regulación de la Inteligencia artificial de abril de 2021: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_1682

Consejo de Europa (2020) *Protección de las personas en lo que respecta al tratamiento automático de datos personales en el contexto de la elaboración de perfiles*. Recomendación CM/Rec (2010)13 y exposición de motivos. Consejo de Europa, 23 de noviembre de 2010. https://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdcj/CDCJ%20Recommendations/CMRec(2010)13E_Profiling.pdf

Cotino Hueso, L. (2019). «Ética en el diseño para el desarrollo de una inteligencia artificial, robótica y big data confiables y su utilidad desde el derecho». *Revista Catalana de Dret Públic*, (58), pp. 29-48.

Damiani, E. *Artificial Intelligence Cybersecurity Challenges*, ENISA, Diciembre 2020, https://www.enisa.europa.eu/publications/artificial-intelligence-cybersecurity-challenges

De la Quadra Salcedo Fernández del Castillo, T., (2018) «Retos, riesgo y oportunidades de la sociedad digital», *Sociedad Digital y Derecho,* de la Quadra-Salcedo, T., Piñar Mañas, J. L., (directores), Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, Madrid

Dubber, P. (2020), *The Cambridge Handbook of the Law of Algorithms.* University of Washington, Ed. Cambridge University Press.

Ebert, N. (2020), *Algorithms and Law*. Ed. Cambridge University Press.

Fernández-Aller, C. (2020), «¿Vale todo para hacer propaganda electoral en internet?» *The Conversation* https://theconversation.com/profiles/celia-fernandez-aller-718032/articles

Fernández Aller, C. *et. al* (2021), «An Inclusive and Sustainable Artificial Intelligence Strategy for Europe Based on Human Rights», in *IEEE Technology and Society Magazine*, vol. 40, no. 1, pp. 46-54, March 2021, DOI: 10.1109/MTS.2021.3056283.

Floridi, L (2019), «Translating principles into Practices of Digital Ethics: Five Risks of Being Unethical». *Philosophy and Technology,* 32.

González-Espejo, M.J y Pavón, J. (editores); Moisés Barrio Andrés…[et al.] (2020) *An Introductory Guide to Artificial Intelligence for Legal Professionals*. Ed. Kluwer Law International.

Grupo de expertos de alto nivel sobre inteligencia artificial, creado por la Comisión Europea (2019) *Directrices éticas para una Inteligencia Artificial fiable*, https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/d3988569-0434-11ea-8c1f-01aa75ed71a1

Hernández Corchete, J.A. (2018). «Expectativas de privacidad, tutela de la intimidad y protección de datos», *Sociedad Digital y Derecho,* de la Quadra-Salcedo, T., Piñar Mañas, J. L., (directores), Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, Madrid (2018).

Kazim, E., Danielle M., Thame D., Adriano K. (2021), «AI auditing and impact assessment: according to the UK information commissioner's office», *AI and Ethics.* https://doi.org/10.1007/s43681-021-00039-2

Lazcoz Moratinos, G., y Castillo Parrilla, J. A., (2020) «Valoración algorítmica ante los derechos humanos y el Reglamento General de Protección de Datos: el caso SyRI», *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, vol. 9, núm. 1.

Lazcoz Moratinos, G. (2021) «Análisis de la propuesta de reglamento sobre los principios éticos para el desarrollo, el despliegue y el uso de la inteligencia artificial, la robótica y las tecnologías conexas» *IUS ET SCIENTIA* N.º 2 • ISSN 2444-8478

Le Clainche, J. y Le Métayer, D. (2012), «Données personnelles, vie privée et non-discrimination: des protections complémentaires, une convergence nécessaire (Personal data, privacy and non-discrimination: complementary protections, a necessary convergence)», *Revue Lamy Droit immatériel,* 90.

Mitrou, L. (2018), «Data Protection, Artificial Intelligence and Cognitive Services: Is the General Data Protection Regulation (GDPR) 'Artificial Intelligence-Proof'? » Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=3386914 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3386914

Moerel, E.M.L. (2014), «Big Data Protection. How to Make the Draft EU Regulation on Data Protection Future Proof» (February 14, 14). Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=3126164 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3126164

Norwegian Data Protection Authority (2018), *Artificial Intelligence and privacy*

Ponce Solé, J. (2019), *Inteligencia artificial, Derecho administrativo y reserva de humanidad: algoritmos y procedimiento administrativo debido tecnológico*. http://laadministracionaldia.inap.es/usuarios/noticia.asp?id=1509505#nota75

Quadra-Salcedo Fernández del Castillo, T. (2019), «Derechos fundamentales, democracia y mercado en la edad digital», *Derecho Digital e Innovación*, núm. 1, enero-marzo.

Rebollo Delgado, L., Serrano Pérez, M.ª M., *Manual de Protección de Datos*, 3.ª ed., Dykinson, S. L., Madrid 2019.

Regulation of the European Parliament and of the Council laying down harmonized rules on artificial intelligence (artificial intelligence act) and amending certain union legislative acts, COM(2021) 206 final, disponible en https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/proposal-regulation-laying-down-harmonised-rules-artificial-intelligence

Selbst, A. and Powles, J. (2017), «Meaningful information and the right to explanation» *International Data Privacy Law 233*, 7(4), 20.

Schermer, B (2011), «The limits of privacy in automated profiling and data mining» 27 *Computer Law & Security Review* 45.

Smith, B. C., (2019), *The promise of artificial intelligence*. *Reckoning and judgment*, The MIT Press, Cambridge (Massachusets).

Tegmark *et al*. (2020), «The role of artificial intelligence in achieving the Sustainable Development Goals» *Nature Communications.*

Tegmark, Max (2017), *Life 3.0. Being human in the age of Artificial Intelligence*. Vintage.

The Alan Turing Institute /ICO (2020) *Explaining decisions made with AI.* https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-data-protection/key-dp-themes/explaining-decisions-made-with-ai/

Vida Fernández, J. (2018), «Los retos de la regulación de la inteligencia artificial: algunas aportaciones desde la perspectiva europea» en *Sociedad Digital y Derecho,* de la Quadra-Salcedo, T., Piñar Mañas, J. L., (directores), Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, Madrid (2018).

Yeung, Howes, Pogrebna (2020), «AI Governance by Human Rights-Centered Design, Deliberation and Oversight: and End to Ethics Washing», in *The Oxford Handbook of Ethics of AI,* Ed. Oxford University Press.

Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, (2022), *45*
e-ISSN: 2386-4702 | ISSN: 0214-8676

Prueba sin convicción en su justa medida

The Objectivist Conception of Standards of Proof: Problems and Projects

Diego Dei Vecchi*

Autor:
Diego Dei Vecchi
Universidad de Girona, España
deivecchidm@gmail.com
https://orcid.org/0000-0002-1726-2651

Recibido: 1-9-2021
Aceptado: 24-9-2021

Citar como:
Dei Vecchi, Diego (2022). *Prueba sin convicción* en su justa medida. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, *45*, pp. 337-373. https://doi.org/10.14198/DOXA2022.45.12

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

© Diego Dei Vecchi

Resumen

El artículo apunta contra la concepción objetivista de los estándares de prueba defendida en la obra conjunta de Jordi Ferrer Beltrán. Se toma en consideración, como blanco principal de la crítica, su último trabajo: *Prueba sin convicción*. En primer lugar, se pone de manifiesto por qué el autor está comprometido con una visión objetivizada de los estándares de prueba y en qué sentido ha de entenderse ese objetivismo. Luego, se desarrollan varios argumentos para mostrar que esa visión está desencaminada. Algunos de esos argumentos apuntan contra réplicas que Ferrer Beltrán articula en *Prueba sin convicción* frente a objeciones más antiguas. Por último, luego de mostrar por qué la pretensión objetivista tiene que ser abandonada, se propone una relectura de las fórmulas que establecen supuestos estándares de prueba.

Palabras clave: Estándar de prueba; objetividad; enunciado probatorio; suficiencia probatoria

Abstract

This paper offers some arguments against the objectivist conception of standards of proof in the version defended by Jordi Ferrer Beltrán. The main criticism target points to Ferrer's latest work: *Prueba sin convicción*. As a starting point, reasons for Ferrer to be committed to an objective view of the standards of proof are made explicit. Then various arguments are developed to show that this view is misguided. These arguments point against replies that Ferrer Beltrán articulates in *Prueba sin convicción* against older objections. Finally, after showing why the objectivist

* Por sus sugerencias y comentarios agradezco a Federico Arena, Manuel Calderón, Juan Cumiz, Marianela Delgado, Jordi Ferrer Beltrán, Daniel González Lagier, Alan Limardo, Laura Manrique, Piero Mattei Gentili, Jaime Oportus, Pablo Rapetti, Santiago Sánchez Gavier, Marco Segatti. Una versión preliminar de este trabajo fue discutida en el marco del I Seminario Internacional sobre Razonamiento Probatorio de la Universidad Nacional del Sur. Agradezco a todas las personas participantes por sus valiosas intervenciones.

claim has to be abandoned, a rereading of the formulas that establish supposed standards of proof is proposed.

Keywords: Standard of proof; Objectivity; Probative Statement; Threshold of Evidence

1. INTRODUCCIÓN

La costumbre de iniciar escritos dedicados al razonamiento probatorio recordando la desatención deparada a la materia en nuestra cultura jurídica ha perdido sentido hace ya un buen tiempo[1]. A pesar de ello, creo que sigue siendo un buen punto de partida para el cometido discutir la obra de Jordi Ferrer Beltrán. Pues él ha tenido una incidencia decisiva en el cambio de orientación, en especial por medio de Ferrer Beltrán, 2002; Ferrer Beltrán, 2007, dos volúmenes complementados hace muy poco tiempo, a modo de trilogía, con *Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso* (en adelante PSC)[2].

A mi modo de ver, PSC tiene una ambición peculiar. No se trata de una obra dirigida tan solo a salvar omisiones en el marco de una cultura jurídica olvidadiza, sino que intenta enfrentar deficiencias globales. La obra se dirige sobre todo a desarticular un desatino muy arraigado en lo que a la justificación de premisas fácticas concierne: el consistente en confundir el criterio de suficiencia probatoria con la convicción de quien debe decidir acerca de la verdad de la proposición a probar [171, 174-186]. Como se muestra en la obra, esta confusión ha traspasado todas las fronteras y culturas jurídicas y ha operado en desmedro de la práctica y teoría incluso en aquellos sitios donde el razonamiento probatorio estuvo siempre en la agenda de temas jurídicos importantes.

Esta inquietud de PSC reposa sobre un postulado, reflejado en el título de la obra, que constituye lo que podría considerarse su espíritu mismo. Se trata del postulado según el cual la justificación de una hipótesis fáctica es función de las razones epistémicas con que se cuenta, no de lo que piense o sienta la persona que juzga respecto de la verdad de esa hipótesis. Este postulado es corolario de una actitud intelectual mucho más profunda, consistente en anteponer la justificación, los argumentos y las razones, por una parte, a los anhelos y preferencias, a las intuiciones infundadas y a las afiliaciones políticas, al *wishful thinking*, por la otra.

En lo que sigue discutiré, intentando honrar ese espíritu, tres tesis presentes de manera más o menos explícita en la obra conjunta de Ferrer. Para ello, reformularé algunas críticas ya dirigidas contra esas tesis en otros sitios[3]. La necesidad de esta reformulación radica en que, si bien en PSC se ofrecen algunos contraargumentos, ellos

1. Bayón Mohino, 2009: 16; Ferrer Beltrán & González Lagier, 2003: 7.
2. Ferrer Beltrán, 2021. Los números entre corchetes a lo largo de este escrito refieren a ese volumen.
3. Dei Vecchi, 2014; Dei Vecchi, 2018, cap. 2; Dei Vecchi, 2020, cap. 6. Por su parte, la raíz de esas ideas ha de buscarse en (mi interpretación de) Bayón Mohino, 2009, aunque no estoy seguro de si Bayón suscribiría los argumentos allí desarrollados.

poseen el rasgo común de no dar en el blanco, lo cual me lleva a pensar que el problema se remonta a mi propia falta de claridad en la articulación originaria de las objeciones. Las tres tesis aludidas preceden a PSC, pero subyacen a esta última obra y forman parte de ella dándole un cariz muy particular a su retórica.

1. **Tesis descriptivista:** [en la medida en que se cuente con fórmulas de estándares de prueba que tengan las caracterísitcas expuestas en PSC] un enunciado del tipo «Está probado que *p*» pronunciado en la decisión judicial por quien decide tiene fuerza ilocucionaria descriptiva.

Esta es una tesis que Ferrer Beltrán ha sostenido desde el año 2001 sin solución de continuidad[4]. Pero ¿qué quiere decir que un enunciado tiene fuerza ilocucionaria descriptiva? Esta es una cuestión difícil que requeriría de una gran cantidad de aclaraciones y matices. A efectos de este trabajo podemos conformarnos con decir que para que un enunciado posea fuerza ilocucionaria descriptiva ha de tener valor de verdad. Es decir, debe tratarse de un enunciado susceptible de ser verdadero o falso[5].

Como ha señalado Eugenio Bulygin, un enunciado tiene valor de verdad si, y sólo si, es «metafísicamente objetivo», es decir, si refiere a ciertos hechos potenciales (una realidad objetiva) cuyo acaecimiento tornaría verdadero al enunciado y cuya ausencia lo haría falso[6]. Un juicio metafísicamente objetivo es uno cuya verdad o falsedad es independiente de las actitudes o puntos de vista de quien juzga[7].

4. Su primera formulación detallada se remonta a Ferrer Beltrán, 2001 y se reproduce en Ferrer Beltrán, 2002. La más reciente suscripción de la tesis está en PSC [200-201, n. 88].
5. Para ser precisos, la fuerza ilocucionaria es predicable de las *enunciaciones* y no de enunciados. Un acto de habla consiste en la proferencia (*i.e.* la enunciación) de un determinado enunciado con una cierta fuerza ilocucionaria. Desde Austin, 1962 suele distinguirse entre el acto locucionario, el acto ilocucionario y el acto (más bien *efecto*) perlocucionario. Nos interesa aquí el acto ilocucionario, que está determinado por la *fuerza* convencional con que el enunciado expresado se usa. A su vez, sería más preciso decir que la fuerza ilocucionaria de una enunciación depende, al menos en parte, de las intenciones de la persona hablante. De todos modos, hay 'condiciones de felicidad' que el acto locucionario tiene que satisfacer para poder contar como cierto acto ilocucionario. Dejaré de lado todas estas precisiones en lo que sigue y me limitaré a vincular, de manera algo abrupta, la «descriptividad» con la posesión de valor de verdad. Dado que el trabajo de Ferrer Beltrán parece hacer esa vinculación, no debería haber mayores problemas a efectos de este trabajo. Para un tratamiento más profundo de estos puntos véase González Lagier, 2013 [2001], cap. V; Searle, 1969.
6. Véase Bulygin, 2006, § 2 quien se remonta, a su vez, a Marmor, 2001. La caracterización de ambos autores va en la dirección contraria a la aquí articulada: para ellos un enunciado puede ser metafísicamente objetivo allí donde pueda reducírselo a una caracterización descriptiva de un objeto presente en el entorno (Marmor, 2001: 19). Esto podría dar impresión de circularidad, pero creo que no es más que una impresión: un enunciado puede ser objetivamente metafísico y puede ser empleado en términos descriptivos si hay objetos en el mundo que lo hagan verdadero o falso. La cuestión de la objetividad metafísica y de la posibilidad de descripción reposan, en última instancia, en una concepción ontológica. A lo largo de este trabajo, por razones de extensión, me veré forzado a buena cantidad de presuposiciones respecto de estas cuestiones. Pero, dado que esos presupuestos armonizan bastante bien con los de Ferrer, no creo generen mayores problemas.
7. Aquí hay que tener cuidado con las etiquetas empleadas. Para Searle, por ejemplo, lo que he caracterizado como «objetividad metafísica» se corresponde más bien con lo que él llama «objetividad epistémica»:

Ferrer sostiene, además, que «Está probado que *p*» (siendo *p* una proposición cualquiera) es sinónimo de «hay razones epistémicas suficientes en favor de *p*»[8]. Por consiguiente, de la tesis descriptivista sumada a esta definición se sigue la segunda tesis:

2, **Tesis de la objetividad metafísica de la suficiencia probatoria**: la suficiencia probatoria constituye una realidad objetiva cuyo acaecimiento o ausencia torna respectivamente verdaderos o falsos los enunciados probatorios del tipo «Está probado que *p*». Todo ello con independencia de las actitudes o puntos de vista de quien juzga.

Ahora bien, Ferrer reconoce que la suficiencia probatoria no constituye un hecho natural, bruto. Por el contrario, ella solo puede ser producto de lo que él denomina «estándares de prueba» (EdP). Los EdP son reglas generales que fijan umbrales de suficiencia probatoria. De modo que, el corolario final derivado de las dos primeras tesis, es el siguiente:

3. **Tesis de la objetividad de los EdP**: los estándares de prueba formulados en PSC indican un grado objetivo de probabilidad probatoria que, una vez alcanzado, engendra o constituye la realidad [institucional] objetiva de la suficiencia probatoria (todo ello con independencia de las actitudes de quien juzga)[9].

En lo que sigue intentaré mostrar que la tesis de la objetividad es insostenible y que, en consecuencia, también lo es la tesis descriptivista. Luego de librarnos del manto de objetivismo, señalaré cuál es, desde mi óptica, la real importancia de las fórmulas propuestas como estándares en PSC. Sostendré que ellas deben ser reinterpretadas como *estándares de motivación probatoria*, es decir, exigencias argumentales que, aunque no garantizan diferentes exigencias (objetivas) en el grado de justificación epistémica, sí garantizan diferentes requerimientos respecto de los puntos, los temas, las aristas que deben ser abordadas en las decisiones judiciales.

2. LO *PROBADO* Y LO PROBADO

PSC se inscribe, como no podría ser de otro modo, en la concepción racional de la prueba. No voy a intentar delinear aquí cuáles son los rasgos centrales de esa concepción ni pronunciarme sobre la conveniencia o no de suscribirla[10]. Pero quisiera centrarme

una propiedad de los juicios consistente en que su verdad o falsedad es «simple matter of fact» y no depende de actitudes, sentimientos o puntos de vista subjetivos de quien juzga (Searle, 1995: 8-10). Véase también Redondo, 2018: 79-81. Para Searle, además, hay un sentido «ontológico» de objetividad/subjetividad que concierne al *modo de existencia* de ciertas cosas. Hay juicios objetivos (en el primer sentido) que son subjetivos en el segundo: por ejemplo, aquellos relativos a «hechos institucionales».

8. Es sumamente importante no confundir el enunciado «*p*» con «Está probado que *p*». Véanse los dos trabajos citados al inicio de la n. 4 y, con llamativa anticipación Alchourrón & Bulygin, 2021 [1989]: 344.
9. Vale la pena aclarar: se está hablando de objetividad en *la satisfacción* del estándar. Esto no quiere decir que *la fijación* del estándar responda a parámetros objetivos. Ferrer afirma explícitamente que la elección de la legislatura es *subjetiva*, una decisión política.
10. Véase Accatino, 2019.

en un concepto estrechamente vinculado con esa concepción: el de JUSTIFICACIÓN EPISTÉMICA[11].

En efecto, a la luz de la concepción racional de la prueba, «probado» en el sentido de «resultado probatorio» [23, 30, 83, 102 n. 233, 103, 140] es sinónimo de «epistémicamente justificado». Se trata de términos que expresan conceptos coextensivos. Predicar de una hipótesis que está jurídicamente «probada» es equivalente a decir –como se diría en cualquier otro ámbito de la investigación empírica– que ella está «epistémicamente justificada», «confirmada», que se la ha «constatado» o «corroborado», etc.

Esta equivalencia saca a la luz tres rasgos problemáticos que el razonamiento probatorio jurídico comparte con cualquier otro ámbito de la investigación empírica (*e.g.* la biología, la física, la investigación del detective privado, el diagnóstico clínico).

El primer rasgo problemático consiste en que las hipótesis fácticas están siempre infradeterminadas por las razones. De modo que la justificación epistémica –*ergo*, la prueba– no ofrece nunca «certezas racionales» [18, 26, 66, 115, 234]. No importa cuán buenas sean las pruebas con que se cuenta para decidir, siempre es lógicamente posible que la proposición que ellas sustentan sea falsa.

El segundo rasgo reside en que la justificación epistémica de una cierta hipótesis es siempre gradual. La hipótesis está más o menos justificada, nunca lo está de modo completo si por tal cosa se entiende una garantía de correspondencia con la realidad. De allí que se diga que la prueba de una hipótesis es siempre probabilística [18, 20, 26, 66, ss. y § 3.1.3][12].

El tercer rasgo concierne al entrelazamiento entre justificación epistémica y justificación práctica. En algunas disciplinas –como el derecho o el diagnóstico clínico– es necesario decidir en momentos precisos si aceptar o no como verdaderas las hipótesis en juego a efectos de adoptar ciertos cursos de acción (*e.g.* condenar a prisión o aplicar un cierto tratamiento médico, etc.). Debido a las dos aristas anteriores, a efectos de adoptar estas decisiones hay que determinar si el grado de prueba alcanzado es lo suficientemente bueno como para aceptar la hipótesis *qua* verdadera y adoptar el curso de acción acorde con esa aceptación. Se trata de una consideración evaluativa relativa al

11. En este texto se da importancia a la tipografía. Se emplearán VERSALES para designar conceptos (véase Laurence & Margolis, 1999). Lo más importante: en ocasiones emplearé *cursivas* y MAYÚSCULAS para desambiguar algunos términos (*e.g. prueba* y PRUEBA). En estos casos las cursivas y mayúsculas estarán refiriendo a los diferentes sentidos o conceptos que ese mismo término expresa según los usos ordinarios. A menudo las *cursivas* se usarán también, como es usual, a modo de énfasis (el contexto dejará claro cuándo se las emplea de uno u otro modo).
12. La incomprensión de este punto alimentó por mucho tiempo grandes confusiones, por ejemplo, la que se esconde detrás de la distinción entre «verdad formal» o «procesal» y «verdad material» o «real», o la que lleva a afirmar cosas tales como que los tribunales de juicio razonan «en términos de certeza» de la hipótesis al tiempo que los que aplican medidas cautelares razonan «en términos de probabilidad». Para una desarticulación de estas confusiones, véase Ferrer Beltrán, 2011.

grado de justificación epistémica [28, 122, 140, 144][13]. Habremos de precisar más en qué consiste esta consideración, pero antes es conveniente una aclaración.

En contraste con cuanto se ha dicho, recientemente Ferrer ha sugerido que «probado» (en el sentido de resultado probatorio) significa, en ámbito jurídico, «algo más» que «epistémicamente justificado». De modo que esos vocablos no expresarían, tal como he sostenido, conceptos coextensivos[14]. Para él, el rasgo adicional de la PRUEBA en el ámbito jurídico se vislumbra al momento de la decisión sobre la suficiencia probatoria. Este momento dotaría de cierta singularidad al resultado probatorio jurídico, distinguiéndolo de la PRUEBA O JUSTIFICACIÓN EPISTÉMICA propios de otros ámbitos. Por mi parte, creo que esto es un error, aunque un error sumamente fecundo, pues sugiere dónde ha de buscarse el origen de los problemas relativos a las tres tesis aludidas al inicio.

«Probado», al igual que «epistémicamente justificado», adolecen de (entre otras) una ambigüedad que propongo llamar gradual–categórica[15]. En cualquier ámbito de la investigación empírica, incluso en nuestro modo ordinario de hablar, una hipótesis está «probada» (*i.e.* «epistémicamente justificada») hasta cierto punto, en cierto grado, en cierta medida de «probabilidad inductiva» [19, 66, 88-100]. Este es el sentido gradual de «probado»/«epistémicamente justificado». Pero ambos términos se emplean también, de manera simétrica, como rasgos categóricos predicables de ciertas hipótesis. Así, ambas expresiones se usan para expresar un juicio absoluto (ya no gradual) según el cual la prueba o justificación con que se cuenta (en sentido gradual) se tiene por *suficiente* para aceptar la hipótesis como verdadera.

A efectos de desambiguar estos dos sentidos de «probado»/«epistémicamente justificado» propongo apelar a una técnica que Susan Haack ha hecho bastante popular, la de la «Escuela Tipográfica Neologista de la Filosofía»[16]. En adelante emplearé diferentes tipografías a efectos de distinguir los dos sentidos con que se emplean esos términos y, en general, todos los demás términos que refieren a criterios de justificación epistémica (*e.g.* «plausible», «probable», «confirmado», «corroborado», «refutado», etc.). Usaré cursivas para referir al sentido gradual con que se emplean esos vocablos y mayúsculas para aludir a su sentido categórico. Por ejemplo, *probado* (o *prueba*) alude al sentido gradual de «probado», al tiempo que PROBADO (o PRUEBA) alude al sentido categórico con que el mismo término se emplea en ocasiones (*i.e.* en el sentido de *prueba* suficiente)[17].

13. PSC es muy esclarecedor respecto de estas tres cuestiones, sobre todo si se lo complementa con Ferrer Beltrán, 2002; Ferrer Beltrán, 2007.
14. Universidad de Buenos Aires, 20 de mayo de 2021: https://drive.google.com/file/d/1xVpRNzFerzAv_PxrK3JUdtiWZ06briFq/view.
15. Otra clásica ambigüedad que se suele señalar respecto de «prueba» es la conocida como proceso/producto: PRUEBA_1 en el sentido de actividad probatoria, por un lado, PRUEBA_2 en el sentido del resultado de esa actividad. La ambigüedad que quiero destacar ahora no debe ser confundida con aquella otra, y debe ser pensada en relación con el segundo sentido de «prueba», el relativo al resultado probatorio.
16. Haack, 2009 [1993]: 44.
17. En inglés esta ambigüedad se torna en ocasiones evidente al distinguirse entre *evidence* (*prueba* en favor de la hipótesis) y *proof* (PRUEBA).

Bajo esta estipulación, *probado* es sinónimo de *epistémicamente justificado* (y de *confirmado*, *corroborado*, etc.) y PROBADO lo es, por su parte, de EPISTÉMICAMENTE JUSTIFICADO (y de CONFIRMADO, CORROBORADO, etc.). Esta doble sinonimia es simétrica en el campo del derecho y en cualquier otro ámbito. Por tanto, insisto, a la luz de una concepción racional de la prueba jurídica, «probado» equivale en cada uno de los sentidos señalados a sendos sentidos de «epistémicamente justificado». En este orden de ideas:

i) el grado o medida de *prueba* (*i.e.* de *justificación epistémica*) de una hipótesis es función de ciertos criterios de justificación epistémica en sí mismo graduales (*e.g.* cuán bien la hipótesis *explica* los datos con que se cuenta, en qué grado se han *refutado* hipótesis alternativas, etc.). Esos criterios indican, en conjunto, la medida de «probabilidad inductiva» que da sustento a la hipótesis[18].
ii) Mas la suficiencia de la *prueba* (o *justificación epistémica*), es decir, la PRUEBA (o JUSTIFICACIÓN EPISTÉMICA) es función de una evaluación relativa a esa medida de probabilidad. Dicha evaluación consiste en establecer si, dado el grado de probabilidad inductiva alcanzado en favor de la hipótesis en cuestión, uno está justificado a adoptar el curso de acción que se condice con la aceptación de que la hipótesis es verdadera. Lo que determina si uno está o no justificado a actuar es, entre otras cosas, el riesgo involucrado (*i.e.* el mal que puede provocarse) en caso de adoptar ese curso de acción bajo el supuesto de que la hipótesis sea falsa[19].

Un ejemplo. Supongamos que la hipótesis es que «El paciente tiene Lupus». Imaginemos que el curso de acción que se condice con la aceptación de esa hipótesis consiste en suministrar esteroides a la persona afectada. Supongamos, además, que el riesgo de adoptar ese curso de acción en caso de ser falsa la hipótesis es que –con altísima probabilidad– la persona muera. En estas circunstancias, el mero hecho de que el médico haya visto una caída en las cejas del paciente acompañado de una lectura de su historia clínica se juzgaría seguramente como *prueba* insuficiente a efectos de aceptar la hipótesis como verdadera[20]. Pues bien, ese juicio de insuficiencia probatoria deriva de

18. Para un desarrollo riguroso de los criterios de justificación epistémica y del modo en que operan véase Haack, 2009 [1993], cap. 4.
19. Sobre el punto véase especialmente Haack, 2009 [1993]: 134-138. También Montmarquet, 2007.
20. Al menos en tanto pueda asumirse que hay tiempo como para llevar a cabo algún examen adicional o esperar la aparición de un nuevo síntoma. Estoy asumiendo, claro está, que la caída de las cejas es –de acuerdo con el conocimiento médico– un indicio de la presencia de esa enfermedad en particular. Y asumo también que de la historia clínica emergen datos que concuerdan con ese diagnóstico. Asumo, además, cosas tales como que los conocimientos médicos aludidos y la información de la historia clínica son (en un buen grado) fiables, etc. Sobre este punto podrían hacerse numerosas precisiones y matices (por ejemplo, sobre la relación entre síntoma e indicio, sobre la fiabilidad de tal o cual método, sobre la fortaleza de los datos que emerjan de la historia clínica, etc.), pero esto nos alejaría de la discusión en que estoy intentando centrarme. Aquí bastan las asunciones aludidas.

evaluar como moralmente irresponsable llevar a cabo la acción que se condice con la aceptación de la hipótesis con el solo respaldo de ese específico conjunto de pruebas. Así, se impugna el paso de *prueba* a PRUEBA a la luz del curso de acción a adoptar y del riesgo que ello entraña.

Lo peculiar de esta evaluación es que ella concierne, no a la acción en sí misma, sino al grado de información recabado (*i.e.* a la *justificación epistémica/prueba*) a efectos de adoptar ese curso de acción. No es que la acción de suministrar esteroides se juzgue como buena o mala, moral o inmoral. Lo que determina la bondad o maldad de la acción es el sustento epistémico sobre cuya base se la lleva a cabo[21]. De allí que se diga muchas veces que la suficiencia *probatoria* o la completitud de la *justificación epistémica* –es decir, la PRUEBA– es relativa al contexto de acción [140-141][22]. Llevada al ámbito jurídico, esta evaluación coincide con lo que Ferrer Beltrán llama juicio de «distribución del riesgo de error» [24, 109, 115, 116, 142-143], un juicio de carácter político-moral. Desde su óptica, empleando nuestros neologismos y su propia división de los momentos de la actividad probatoria[23]:

a) en el momento de la valoración de la prueba se elucida hasta qué punto una hipótesis está *probada* (*i.e. epistémicamente justificada*), cuál es su «grado de corroboración» [23] y
b) en el momento de la decisión se establece, distribuyendo el riesgo de error, si esa *prueba* (*i.e. justificación epistémica*) puede o debe ser tomada como PRUEBA (*i.e.* JUSTIFICACIÓN EPISTÉMICA).

Como resulta evidente a partir del ejemplo del diagnóstico clínico, en principio, ese último juicio será siempre una evaluación personal de quien deba decidir si actuar o no hacerlo. En el ámbito jurídico –en el momento de la decisión– esta evaluación vendría a ser la respuesta de quien juzga a (auto)preguntas del siguiente tipo:

> ¿Soy moralmente reprochable si en este contexto de acción acepto como verdadera la hipótesis a la luz de la *prueba* con que cuento y actúo en consecuencia? ¿Si condeno a la luz de esta *prueba*, estoy actuando de modo moralmente correcto o estoy siendo apresurado/a al juzgar la *prueba* como PRUEBA?

Llamemos a esta evaluación personal de distribución de riesgo de error «evaluación judicial autónoma de suficiencia probatoria».

21. Esa misma *prueba* podría considerarse suficiente si, sobre la base de ella, uno se limitará a *creer* pasivamente que la persona en cuestión tiene Lupus, pero no si se ha de adoptar algún curso de acción adicional (aunque es discutible que las creencias estén completamente despegadas de toda –tendencia a– la acción: véanse Haack, 2014).
22. Véase también, Ferrer Beltrán, 2018. La tesis de que «prueba jurídica» es «algo más» que «justificación epistémica» está informada quizás por ciertas vacilaciones de Ferrer respecto de la aceptabilidad del contextualismo epistemológico [141-143].
23. Véanse Ferrer Beltrán, 2007: 41-49.

El estatus de las evaluaciones morales y su posesión de valor de verdad constituyen cuestiones por demás intrincadas. Aquí no es ni necesario adentrarse mayormente en el punto. Basta con presuponer una concepción «no cognitivista» de dichas evaluaciones, puesto que es la concepción que Ferrer Beltrán suscribe. Según el «no cognitivismo», las evaluaciones morales carecen de objetividad metafísica, por lo que carecen de valor de verdad, no son ni verdaderas ni falsas. Por consiguiente, de acuerdo con lo dicho al inicio, las evaluaciones morales no pueden dar lugar a juicios descriptivos. De todo ello se sigue una consecuencia obvia: si decir, en la decisión judicial, que una cierta hipótesis está PROBADA entraña una evaluación judicial autónoma de suficiencia probatoria, entonces «Está PROBADO que *p*» no podría considerarse de ningún modo un juicio descriptivo. Pues el carácter descriptivo de un enunciado dependía de la objetividad metafísica y los juicios morales carecen de ella. En suma, bajo esta configuración, la tesis descriptivista no tiene asidero.

¿Cómo es posible entonces que Ferrer Beltrán sostenga lo contrario al mismo tiempo que suscribe el no cognitivismo ético [144 y ss.][24]? He aquí la función crucial de sus fórmulas de EdP. Él sostiene que, si se fijasen umbrales de suficiencia probatoria a través de reglas generales que apelen a la «capacidad justificativa» de las pruebas, la evaluación dejaría de estar en manos de quien valora la prueba –*i.e.* jueces y juezas– para pasar a manos de quien preformula el estándar (idealmente, la legislatura). El truco consiste en convertir la evaluación moral autónoma de la judicatura en un juicio heterónomo, legislativo, que anticipe la medida adecuada de distribución del riesgo de error sobre la base de las «preferencias sociales» [144]. Para ello, los EdP deben indicar cuáles son las propiedades epistémicas concretas que una hipótesis tiene que poseer para quedar suficientemente probada. Así, quienes juzgan tendrían que limitarse a constatar si esas propiedades se dan respecto de la hipótesis y determinar, objetivamente, si hay o no PRUEBA. A estas «propiedades» epistémicas Ferrer las llama «resultados probatorios», y las identifica con cosas tales como la «refutación» de hipótesis alternativas, la «confirmación» de ciertos datos, etc. De tal modo, «Está PROBADO que *p*», pronunciado en la decisión judicial, pasaría a ser un acto de habla descriptivo, verdadero si esos «resultados probatorios» concretos ocurrieron y falso en caso contrario.

Ahora bien, el truco funcionará tan solo a condición de que esos «resultados probatorios» concretos sean «metafísicamente objetivos». Su ocurrencia en cada caso no puede depender de evaluaciones personales de quienes juzgan, *i.e.* de quienes aplican los EdP. Caso contrario, la tesis descriptivista seguiría siendo insostenible. Obsérvese bien: no estoy diciendo que *la comprobación* de la ocurrencia de esos rasgos o resultados probatorios no pueda depender de quien juzga. Lo crucial es que *su ocurrencia misma* –*i.e.*, el «hecho» de que la hipótesis posea esas propiedades– tiene que ser completamente independiente de toda evaluación judicial autónoma. Lo primero consistiría en un problema epistemológico; lo segundo refiere a una cuestión ontológica.

24. Véase también Ferrer Beltrán, 2013.

Creo que en este punto muchas de las virtudes de PSC corren el riesgo de verse empañadas por dos falacias relativas a la función de los EdP. Referiré a ellas como la «falacia del falso dilema» (§ 3) y la «falacia de la distorsión de la función de los EdP» (§ 4).

3. LA FALACIA DEL FALSO DILEMA: LA HIPERINFLACIÓN DEL «PARTICULARISMO»

Un EdP sería una norma general y abstracta que prefija, respecto de toda decisión judicial concreta[25], un punto preciso en la escala gradual de *prueba* o *justificación epistémica*. Reescribiendo un pasaje de PSC con la estipulación tipográfica aquí elegida:

> Los estándares de *prueba* son reglas que determinan el grado de *confirmación* que una hipótesis debe tener, a partir de las pruebas [*i.e.* los elementos de prueba], para poder ser dada por PROBADA a los efectos de adoptar una determinada decisión… [24][26]

Supongamos que la escala de probabilidad probatoria fuera cuantificable y que nos fuera posible identificar numéricamente los grados de *justificación epistémica*, así como podemos corroborar la medida de un objeto empleando un metro. Supongamos que esa escala se despliega del 1 al 99. Un EdP sería una norma general que establezca, por ejemplo:

> EdP_1: PRUEBA $=_{df}$ [grado de] *prueba* de 80 puntos.

Por desgracia, la cuantificación de la *justificación epistémica* no es posible[27]. Pero Ferrer considera que, a pesar de ello, establecer EdP no solo es factible sino además indispensable:

> Si el razonamiento probatorio es probabilístico y la certeza racional sobre una hipótesis fáctica es inalcanzable, entonces deviene imprescindible dotarse de reglas, que denominamos «estándares de prueba», que determinen el grado de probabilidad a partir del cual estamos dispuestos a dar por PROBADA la hipótesis, es decir, que determinen qué grado de apoyo nos parece suficiente para aceptar como verdadera la hipótesis fáctica en cuestión [18, también 26].

Para el autor es «imprescindible» formular EdP en virtud de que, en ausencia de ellos, el juicio de distribución del riesgo de error sería siempre producto de lo que antes he llamado «evaluación judicial autónoma de suficiencia probatoria». El problema está en que, a su modo de ver, una situación tal nos condenaría a la arbitrariedad:

25. En rigor de verdad, y con toda razón, Ferrer reconoce que la cristalización final de EdP depende de un trabajo conjunto entre legislatura y judicatura [54 n. 78].
26. Las cursivas y mayúsculas dentro de las citas textuales son propias: intentan señalar la desambiguación gradual/categórica a que se hizo referencia antes.
27. PSC expone potentes argumentos mostrando esa imposibilidad [70-88]. También Ferrer Beltrán, 2007, § 2.2.2.

> … dado que la decisión sobre el nivel exigido de suficiencia probatoria supone determinar la distribución que se estima adecuada del riesgo del error entre las partes, ese particularismo no puede ser epistémico, porque no es epistemológica esa decisión sino político-moral. Estamos, pues, ante un modo de decisión política o moral particularista, que o bien sostiene la existencia de respuestas morales objetivas en el caso concreto, o bien entrega la decisión a la arbitrariedad judicial [28].

No obstante, aunque parcialmente fundada, esta preocupación es exagerada. Desde mi punto de vista, esa exageración deriva de un uso excesivamente equívoco de la etiqueta «particularismo».

3.1. Deliberación moral y particularismo: una primera confusión

En PSC se pueden rastrear al menos cuatro sentidos de «particularismo» no distinguidos de manera adecuada. Dos de esos sentidos refieren a la justificación moral, los dos restantes conciernen a la justificación jurídica.

Denominaré al primer sentido moral con que se usa el término «particularismo moral puro»: PARTICULARISMO$_{MP}$. Este se identifica con la concepción de la justificación moral rival del «universalismo». El PARTICULARISMO$_{MP}$ niega que los juicios morales puedan justificarse recurriendo a reglas o principios universales. Desde esta óptica, justificar una acción no es nunca, como piensa el universalismo, subsumir una instancia de esa acción en un postulado, regla o principio general[28].

En un segundo sentido, también relativo a la esfera moral, Ferrer Beltrán parece en ocasiones entender que hay «particularismo» toda vez que alguien tenga que llevar a cabo evaluaciones morales personales como las que antes denominé «evaluaciones autónomas». «Decisión política o moral particularista» en el pasaje recién citado parece emplear el término en este segundo sentido que llamaré «particularismo moral impuro» (PARTICULARISMO$_{MI}$).

A más de ello, la etiqueta se emplea para referir a dos «particularismos» estrictamente jurídicos. Denominaré al primero de ellos «particularismo jurídico puro» (PARTICULARISMO$_{JP}$). Se trata de un punto de vista que, en principio, es independiente de la postura que uno adopte en relación con la justificación moral [51][29], aunque es el correlato jurídico de esa visión. Así, el PARTICULARISMO$_{JP}$ sostiene que las decisiones jurídicas no pueden o no deben justificarse apelando a reglas o principios estrictamente jurídicos de carácter universal. Según Juan Carlos Bayón –en la caracterización que el propio Ferrer Beltrán adopta– se trata de una visión que niega que la justificación

28. Esto se debe, dicho de manera muy apresurada, a que, según asumen sus partidarios, no es posible identificar de antemano las propiedades invariablemente relevantes de las acciones a efectos de los juicios morales. Pero esto puede ser dejado de lado. Véase, en general, Dancy, 1992.
29. También Redondo, 2005: 50.

jurídica opere de manera subsuntiva[30]. Así las cosas, los particularismos puros coinciden en negar el carácter subsuntivo de la justificación práctica, ya sea en el contexto moral, ya sea en el marco jurídico, ya en ambos. Lo importante es tener en cuenta que se trata de concepciones del razonamiento práctico en términos generales, no de casos específicos.

Pero Ferrer emplea la etiqueta también para referir a los casos de ausencia (coyuntural) de reglas jurídicas estrictas y unívocas (universales) que correlacionen supuestos de hecho definidos por medio de propiedades descriptivas con soluciones o consecuencias jurídicas. Así, «particularismo» termina por referir a toda situación no (unívocamente) resuelta por el ordenamiento jurídico a través de una regla estricta. Es decir, se «cae» en «particularismo» en todas aquellas ocasiones en que H. L. A. Hart sostuvo popularmente que la judicatura ha de obrar discrecionalmente. En este concreto sentido, «particularismo» se convierte, en el trabajo de Ferrer, en sinónimo de lo que Dworkin llamó «discrecionalidad fuerte». Lo llamaré «particularismo jurídico impuro» (PARTICULARISMO$_{JI}$).

Ante esta plurivocidad de la etiqueta y su uso más o menos indiscriminado parecen producirse en PSC una serie de *non sequitur*. El primero de ellos sería el de entender que, si la decisión moral sobre distribución del riesgo de error quedase en manos de cada persona que decide en cada caso (PARTICULARISMO$_{MI}$) ello conduciría al PARTICULARISMO$_{MP}$ y que, a menos que haya «respuestas morales objetivas» (lo que Ferrer parece reducir a hechos morales que en el caso concreto hagan verdadera o falsa la evaluación autónoma) la decisión PARTICULARISTA$_{MP}$ sería arbitraria[31]. El error aquí va en dos direcciones.

En primer lugar, se está identificando una situación en que es necesaria una deliberación moral personal (*i.e.* una evaluación autónoma) con la suscripción del PARTICULARISMO$_{MP}$. De este modo, se brinca injustificadamente de una situación de PARTICULARISMO$_{MI}$ al PARTICULARISMO$_{MP}$. Pero una cosa no se sigue de la otra: las evaluaciones autónomas bien pueden justificarse apelando a reglas y principios morales generales (al estilo universalista). Es decir, el PARTICULARISMO$_{MI}$ es perfectamente compatible con la suscripción del universalismo y el consecuente rechazo del PARTICULARISMO$_{MP}$. De hecho, creo que emplear la etiqueta «particularismo» para referir a situaciones donde son necesarias evaluaciones autónomas –sobre suficiencia probatoria o sobre cualquier otra cosa– solo genera confusión.

En segundo lugar, asumir que si no hay hechos morales las evaluaciones autónomas son *arbitrarias* depende de dar un salto injustificado hacia un escepticismo radical respecto de la racionalidad práctica. Pues en el menú de concepciones metaéticas hay una

30. Véase Bayón Mohino, 2001. Cfr. el énfasis de Redondo, 2005 en que la discusión universalismo vs. particularismo debe atender especialmente a la *relevancia* (universal o particular) que se atribuye a las razones prácticas, y no a su fuerza o peso. Véase también la caracterización de Jorge L. Rodríguez, 2005 y, recientemente, Jorge L. Rodríguez, 2021, cap. VII § 1.4.

31. Esto es lo que sugiere la referencia a Dancy.

multiplicidad de opciones adicionales que se ubican entre el extremo del objetivismo moral que afirma que hay hechos morales (lo cual, por lo demás, no agota las opciones objetivistas) y el extremo del escepticismo radical que afirma que toda evaluación moral personal es arbitraria[32]. De allí que la disyuntiva «respuestas morales objetivas o arbitrariedad» constituya lisa y llanamente un falso dilema.

Por momentos Ferrer parece acercarse bastante al escepticismo radical sobre la racionalidad práctica. Por ejemplo, en un sugestivo pasaje sostiene:

> Si es el juzgador del caso individual quien debe determinar no solo qué grado de corroboración aportan las pruebas a las distintas hipótesis en conflicto, sino cuál es el nivel en que la corroboración será suficiente para considerar probada alguna de las hipótesis, *está claro que no dispondremos de criterios generales, intersubjetivamente controlables, que permitan revisar la corrección de la decisión sobre el caso individual* [58][33].

Aquí parece presuponerse algo como lo siguiente:

i) Dado que no hay hechos morales, no hay respuestas morales objetivas.
ii) Dado que no hay respuestas morales objetivas, no hay posibilidad de control intersubjetivo de los juicios morales.
iii) Dados (i) y (ii), si el juicio de suficiencia probatoria es una evaluación moral autónoma de quien juzga será entonces un juicio arbitrario, no controlable por medio de criterios intersubjetivos.

Pero (ii) no se sigue de (i), de modo que la conclusión es inaceptable[34]. La ausencia objetividad en moral no impide la apelación a criterios intersubjetivos de control de racionalidad. De entre las muchas opciones metaéticas que se ubican entre los dos extremos del que he considerado un falso dilema, gran cantidad de ellas dan espacio para concebir criterios de racionalidad y justificación de las evaluaciones político-morales: por ejemplo, los principios y normas morales que cada persona acepta, criterios como la coherencia en la aplicación y estructuración de esas normas y principios, etc.

Obsérvese que si el dilema tuviera asidero, además, se seguiría que todas nuestras decisiones cotidianas (o las del médico clínico o cualquier otra persona interesada en la investigación empírica) sobre cuándo tenemos *prueba* suficiente para aceptar una proposición como PROBADA y actuar en consecuencia, serían arbitrarias. Esto así en virtud de que todas ellas se basan, como hemos dicho antes, en evaluaciones autónomas de suficiencia probatoria.

32. Véase Bouvier, 2012.
33. El resaltado me pertenece.
34. Dejando de lado, por cierto, el análisis de cada premisa en sí misma.

3.2. Discrecionalidad y particularismo: una segunda confusión

Frente a lo dicho, Ferrer Beltrán podría pasar a conceder que las evaluaciones morales autónomas (en las situaciones de PARTICULARISMO$_{MI}$) no son necesariamente arbitrarias y que tampoco comprometen necesariamente con el PARTICULARISMO$_{MP}$. Pero podría insistir en que la ausencia de EdP como los que él propone declina en un «particularismo jurídico» respecto de la suficiencia probatoria. Esto es precisamente lo que parece estar pensando cuando, para justificar la necesidad de fórmulas de EdP, apela a los tres sentidos dworkinianos de discrecionalidad[35]. Él dice que las fórmulas de EdP permitirían pasar de una situación de discrecionalidad fuerte (*i.e.* ausencia de *toda* regla o estándar predeterminado que rija la decisión de quien juzga) a una situación de discrecionalidad débil, en el sentido de que se requiere del discernimiento de quien juzga [238][36]. Pareciera entonces que el dilema habría de ser ahora leído de un modo bastante diferente: «discrecionalidad débil (como máximo) o arbitrariedad jurídica».

Esto querría decir que en situaciones de «discrecionalidad fuerte» (es decir, PARTICULARISMO$_{JI}$), aun cuando podría ofrecerse una justificación moral de las evaluaciones autónomas discrecionalmente adoptadas, las decisiones devienen irremediablemente arbitrarias desde el punto de vista jurídico. Por tanto, las fórmulas de EdP se tornan imprescindibles para poder rehuir de esa arbitrariedad. Pero esta respuesta sigue siendo, como mínimo, engañosa.

Ante todo, ella parece presuponer que una justificación *jurídica* es tal si, y solo si, apela a reglas (en sentido estricto), desconociendo toda relevancia justificativa a los estándares normativos usualmente denominados «principios jurídicos»[37]. Bajo esta asunción, toda decisión judicial discrecional (en sentido fuerte) resultaría jurídicamente arbitraria, incluidas las ponderaciones de principios, sus concretizaciones y cosas por el estilo. La aplicación en las decisiones judiciales de principios jurídicos, como es de sobra sabido, exige muchas veces operaciones de este tipo. Se trata de justificaciones típicas de la práctica jurídica que, aunque se llevan a cabo para el caso concreto, se basan –o, al menos, pueden basarse– en reglas y principios jurídicos generales[38]. Pero

35. Dworkin, 1978: 37 y ss.
36. Como es sabido, Dworkin considera que hay un sentido adicional de discrecionalidad débil, pero lo dejaré completamente de lado a efectos de este trabajo.
37. Si se trata de una tesis normativa (en el sentido de que todas las decisiones –*e.g.* las interpretativas in abstracto, interpretativas in concreto, las relativas a la ponderación de principios, etc., etc.– deben estar preestablecidas rígidamente por el legislador a través de *reglas estrictas*) me parece ilusoria. Como tesis descriptiva me atrevo a decir que es falsa: las decisiones judiciales han estado, están y seguramente seguirán estando plagadas de consideraciones evaluativas por parte de quienes deciden. Esto involucra gran cantidad de aristas.
38. Se trata de un asunto que excede con creces los límites de este trabajo. Sobre la inclusión de los principios como estándares normativos jurídicos véase Dworkin, 1978, cap. 2, originariamente en Dworkin, 1967. Sobre la distinción entre reglas y principios y su respectiva aplicación, véanse, al menos como aproximación introductoria, Alexy, 1993 [1986], cap. III; Atienza & Ruiz Manero, 1991; Guastini, 2018, cap. V primera parte, cap. II § 3 y cap. IV cuarta parte.

esta conclusión es, como mínimo, demasiado apresurada. El PARTICULARISMO$_{JI}$ es perfectamente compatible con el universalismo jurídico y con el consecuente rechazo del PARTICULARISMO$_{JP}$ así como, por lo demás, de su par moral. Es esta la situación a la que Dworkin refería al hablar de «discrecionalidad fuerte» respecto de los «casos difíciles» hartianos, casos donde el derecho –en opinión de Hart– no da una respuesta unívoca y donde la judicatura debe decidir evaluando autónomamente apelando a principios generales. Lo más significativo es que ni Hart ni Dworkin pensaban que, en circunstancias tales, las decisiones judiciales deviniesen necesariamente arbitrarias, ni jurídica ni moralmente[39]. Incluso reconociendo que las situaciones de PARTICULARISMO$_{JI}$ (discrecionalidad fuerte) podrían conducir a situaciones en que quien decide ha de efectuar evaluaciones morales (PARTICULARISMO$_{MI}$), bajo ningún punto de vista se sigue de ello que las decisiones judiciales adoptadas en situaciones tales sean arbitrarias o que carezcan de justificación jurídica. El propio Juan Carlos Bayón, de quien Ferrer Beltrán toma la noción de PARTICULARISMO$_{JP}$, rechaza esa forma de particularismo jurídico precisamente sobre la base de concebir la ponderación y aplicación de principios en clave «subsuntiva», universalista[40].

En segundo lugar, Ferrer parece asumir que mi propia negación de la tesis descriptivista se basa en sostener algo así como que las fórmulas de EdP nos dejan en situaciones de «discrecionalidad fuerte». Sin esa asunción no se entiende por qué se me ubica en las filas del particularismo (que, por lo demás, no podría ser más que el PARTICULARISMO$_{JI}$). Sin embargo, nunca he sostenido tal cosa. Volveré sobre esto más adelante. Pero es conveniente tener en claro desde ya que, cuando las normas jurídicas que regulan los casos contienen en sus antecedentes predicados valorativos[41], se dan dos circunstancias cruciales. (a) Ya no estamos frente a casos de discrecionalidad fuerte, sino de discrecionalidad débil. Pues *hay* una norma que regula el caso. (b) Cada vez que se establece judicialmente que un caso individual es subsumible en una de esas normas se lleva a cabo un acto de habla (al menos parcialmente) evaluativo, pues es indispensable que quien aplica la norma *use* un predicado evaluativo. Supongamos que una norma establece que «para las misiones del tipo *x* el o la comandante debe elegir a su mejor combatiente»[42]. Difícilmente podríamos decir que el acto de habla que lleva a cabo el comandante cuando determina que «Julieta es la mejor combatiente» tiene fuerza ilocucionaria descriptiva. Se trata, en cambio, de una evaluación a partir de la cual se

39. Claro que, a diferencia de Hart, Dworkin creía *adicionalmente* que hay una respuesta correcta para cada caso difícil donde se exige discrecionalidad a quien juzga.
40. «Este esquema general es el que tienen que desafiar los que insistan en que todas las normas jurídicas son derrotables pero no estén dispuestos a aceptar que el derecho sea globalmente indeterminado. En su lugar, el punto de vista alternativo por el que han de apostar podría ser denominado «particularismo jurídico»» En nuestros términos: PARTICULARISMO$_{JP}$. BAYÓN MOHINO, 2001
41. Es decir, en aquellos casos de discrecionalidad débil entendida como *necesidad de evaluación judicial*.
42. Véase Jorge L. Rodríguez, 2021: 714. Él sugiere, además, que la distinción entre discrecionalidad fuerte y débil (en el sentido al que aquí la limitamos) no es tan tajante.

aplica una norma que exige a quien decide el caso ese tipo específico de deliberación (es decir, le exige ejercer discrecionalidad débil).

3.3. Las preocupaciones fundadas

Dejando de lado lo dicho hasta aquí, lo cierto es que hay en PSC algunas preocupaciones relativas a la ausencia de fórmulas de EdP que tienen pleno sentido. Una de ellas consiste en que, si la suficiencia probatoria dependiese en cada caso de una evaluación judicial autónoma, aumentaría la inseguridad jurídica. Pues nada garantiza que las evaluaciones político-morales de los jueces sean homogéneas. En adición, se estaría dando a la judicatura una facultad que no debiera tener, al menos en sociedades democráticas. El juicio de suficiencia probatoria entraña una evaluación sobre la *justicia* de la medida de distribución del riesgo de error. En regímenes democráticos, se supone, las evaluaciones de esa índole deben ser adoptadas por órganos representativos elegidos por la comunidad [145, 150], paradigmáticamente, los parlamentos. Por último, una preocupación adicional apunta al peligro de que la judicatura termine por confundir la suficiencia probatoria con la presencia de un cierto estado mental como la convicción o certeza de quien juzga.

Por ello, la ausencia de EdP, sostiene Ferrer, generaría altos márgenes de imprevisibilidad [47] e incluso socavaría las bases del Estado de Derecho [55-65]. De allí su insistencia en que sea la legislatura la que prefije el margen de distribución de riesgo de error con antelación a toda decisión sobre «hechos probados» [en especial:149]. Para ello, como se dijo oportunamente, alcanzaría con promulgar fórmulas que indiquen el grado de justificación preciso en que la *prueba* deviene PRUEBA. No obstante, esta es una función que los EdP no pueden cumplir. Veamos por qué.

4. LA FALACIA DE LA DISTORSIÓN DE LA FUNCIÓN DE LOS EdP

A efectos de elucidar la función de las fórmulas propuestas en PSC es conveniente postular dos preguntas diferentes: (a) ¿es posible formular EdP? (b) ¿es posible formular EdP objetivos? A la primera de esas preguntas puede responderse afirmativamente, sobre la base de una observación obvia y banal: están formulados en el cap. IV de PSC. Para positivizarlos y hacerlos parte del ordenamiento bastaría con que una legislatura cualquiera decida trasladarlos a los códigos de procedimiento o los tribunales los impongan jurisprudencialmente. Lo relevante es, de todas maneras, elucidar para qué pueden llegar a servir esas fórmulas positivizadas, en vistas de lo cual hay que abordar la segunda pregunta.

Que los estándares sean objetivos quiere decir que determinan, de manera abstracta, un punto preciso dentro de la escala gradual de probabilidad *probatoria –i.e.* de *justificación epistémica*. Bajo ese supuesto, en cada caso, en cada caso concreto en que la

prueba alcance o supere ese grado de probabilidad sucedería, de manera objetiva, que la o las hipótesis en cuestión quedan PROBADAS[43]. Todo ello, como hemos visto, habría de ocurrir con total independencia de lo que piense, considere o evalúe la persona que tiene que aplicar el estándar: PRUEBA sin (necesidad de) convicción. Ferrer presupone que esta objetividad es alcanzable. Ello se deriva de su suscripción expresa de la tesis descriptivista del enunciado probatorio, que presupone la objetividad de la suficiencia probatoria y, por tanto, de los EdP que la instituyen.

Ahora bien, para intentar ver si estas tesis son plausibles hay que analizar la metodología de formulación de estándares que él emplea. Propongo a estos efectos analizar esas formulaciones como definiciones de PROBADO («prueba suficiente») al estilo de EdP_1. Pero es importante tener en claro que se trata tan solo de una herramienta de análisis. Pues los EdP no son, en rigor, definiciones de un *término*. Por el contrario, se trata de reglas que intentan fijar en qué punto de la escala gradual la *prueba* se torna PRUEBA[44]. Hecha esta aclaración, supongamos que la legislatura promulga:

EdP_2. PROBADO $=_{df}$ la hipótesis satisface las reglas de la sana crítica racional.

Como ha indicado Ferrer, fórmulas semejantes son (casi) inútiles, puesto que «sana crítica racional» es igual a «criterios de justificación epistémica» y «justificación epistémica» es equivalente a «probado» [21]. Con lo cual, esta definición conduciría a lo siguiente:

EdP_2^1. PROBADO $=_{df}$ la hipótesis está *probada*.

Estas fórmulas conducen a la situación de que «solo en el caso concreto podría determinarse el nivel de suficiencia probatoria, tarea que correspondería al juzgador sobre los hechos, en ejercicio de una libérrima libertad sobre la prueba» [28]. Más rigurosamente: para Ferrer, bajo estas circunstancias, toda declaración de suficiencia probatoria se daría en situaciones de PARTICULARISMO$_{JI}$, de discrecionalidad[45]. Ante ello, las tesis descriptivista del enunciado probatorio y de la objetividad seguirían careciendo de asidero.

43. Obsérvese bien: los EdP serían fórmulas cuyo antecedente contiene «casos genéricos» de eventos (epistémicos) cuyas instancias particulares instituye, en cada caso y de manera automática e independiente, la suficiencia probatoria. Como he sugerido en otro sitio (Dei Vecchi, 2020, cap. VI), si esto fuera lo que los EdP efectivamente hiciesen, la suficiencia probatoria podría considerarse un *hecho institucional* (objetivo en sentido metafísico), constituido o engendrado por la regla en cada caso en que se den –en que ocurran– sus condiciones de aplicación, con independencia de la perspectiva de quien juzga.
44. En consonancia con lo dicho en la nota precedente, he sostenido que la mejor manera de entender los estándares propuestos sería, de hecho, como reglas constitutivas que en sus «antecedentes» establecen los «resultados probatorios» cuya ocurrencia «cuenta como» PRUEBA (así se los trata, *in extenso*, en el trabajo citado en la nota precedente).
45. Al decir que las fórmulas son *casi* inútiles intento subrayar que, a pesar de que ellas no logran indicar grado alguno en la escala de *prueba*, tienen la virtud de insinuar al menos mínimamente que la suficiencia probatoria debe decidirse en base a «razones del tipo adecuado» (la expresión evoca a Strawson, 1962), *i.e.* mirando a los criterios de justificación epistémica. Es importante señalar también que, en rigor de verdad, a diferencia de cuanto sostiene Ferrer, en estos casos no estaríamos en situaciones de discrecionalidad *fuerte*, pues *hay* una norma que guía la decisión exigiendo una deliberación (moral) respecto de la suficiencia de las «razones del tipo adecuado».

Mas legislatura podría, como alternativa, recurrir a fórmulas como las siguientes:

> EdP_3. PROBADO $=_{df}$ quien decide tiene la certeza sobre la verdad de la hipótesis.
> EdP_4. PROBADO $=_{df}$ se ha arrojado la moneda al aire cinco veces y al menos tres ha salido cara.

Ambas fórmulas tienen la virtud de lograr que «Está PROBADO que *p*», dicho en la decisión judicial, sea descriptivo. En efecto, que alguien tiene la certeza respecto de la verdad de *p*, así como el hecho de que una moneda se haya arrojado al aire cinco veces y tres haya caído de un lado específico, son hechos objetivos cuya ocurrencia haría verdadero al predicado PROBADO respecto de la hipótesis de que se trate. Se trata, entonces, de reglas cuya aplicación no exige una evaluación por parte de quien juzga, puesto que los criterios empleados son independientes de lo que esa persona estime valioso o disvalioso[46]. No obstante, ambas fórmulas padecen del grave defecto de apelar al tipo inadecuado de razones, ese desatino que Ferrer aborda y rechaza con rigor desde el título mismo de su obra. Por lo tanto, sus propias fórmulas de EdP no podrían echar mano a soluciones de este tipo en vistas de proteger las tesis descriptivista y de la objetividad. El precio de hacerlo sería demasiado alto.

Pero el autor entiende que esto no agota las posibilidades y que estas tesis pueden mantenerse en pie solo apelando a herramientas epistemológicas empleadas como criterios de suficiencia. Esas herramientas son lo que Ferrer llama «resultados probatorios»: criterios que permitirían «delinear un estándar de prueba que refleje correctamente el nivel de suficiencia probatoria que hayamos decidido requerir» [24][47]. En este orden de ideas, lo que se pretende es expresar un juicio moral de distribución del riesgo de error por medio de «resultados epistémicos» (razones del tipo adecuado). Estos «resultados» operan como características predicables de las hipótesis en juego, predicados indicadores de la cualidad epistémica de las pruebas en que ellas se sustentan. Así, el empleo de diferentes «resultados probatorios» en fórmulas diversas de EdP conllevaría diferentes exigencias probatorias objetivas, lo cual permitiría expresar juicios político-morales divergentes de distribución del riesgo de error [29-100]. Para ilustrarlo con un ejemplo, veamos una de entre las fórmulas propuestas por Ferrer presentada a partir de la estrategia definicional aquí empleada:

> EdP_5. PROBADO $=_{df}$ [conjuntamente] (a) que la hipótesis «explica» los datos disponibles (b) «integrándolos» de forma coherente, (c) que las predicciones de nuevos datos que la hipótesis permite formular se han «confirmado» y que han sido aportadas como pruebas al proceso, (d) que se han «refutado» todas las demás hipótesis «plausibles» explicativas de los mismos datos que sean compatibles con la inocencia del acusado/demandado o más beneficiosas para él, (e) excluidas las meras hipótesis *ad hoc*.

La fórmula tiene la virtud indudable de apelar a criterios de justificación epistémica, pues la integración explicativa, la confirmación de predicciones, la refutación de

46. Dejo de lado la cuestión del conocimiento de los estados mentales y del privilegio de la primera persona.
47. Véase n. 9.

hipótesis alternativas, etc., constituyen parámetros comunes, generales, de justificación epistémica. Sin embargo, a pesar del anhelo, una fórmula como EdP_5 de ningún modo preserva la objetividad ni, por consiguiente, la tesis descriptivista.

Hay un primer gran inconveniente del que adolece esta fórmula que salta a la vista de manera bastante evidente cuando se la analiza como una definición. REFUTAR una hipótesis no es otra cosa que PROBAR su falsedad, y CONFIRMAR un dato no es más que PROBAR su acaecimiento. De modo que la «definición» de PROBADO –*i.e.* el criterio de *prueba* suficiente– que el EdP_5 erige tiene el obvio defecto de incluir (de manera disfrazada y dos veces) al *definiendum* en el *definiens*. El defecto que intento señalar, obviamente, no consiste en el empleo del mismo término en ambos extremos de la (pseudo–) definición. El problema reside más bien en que, al tiempo que se está intentando fijar (definir) un parámetro objetivo de «prueba suficiente», se presuponen al menos dos criterios de «prueba suficiente» como parte del parámetro mismo, a saber: los relativos a la CONFIRMACIÓN de datos (que no son sino hipótesis fácticas) y a la REFUTACIÓN de hipótesis alternativas. Para hacerlo transparente:

> $EdP_5{}^1$. PROBADO $=_{df}$ [conjuntamente] (a) que la hipótesis EXPLICA los datos disponibles (b) INTEGRÁNDOLOS de forma coherente, (c) que las predicciones de nuevos datos que la hipótesis permite formular se han PROBADO y que han sido aportadas como pruebas al proceso, (d) que se ha PROBADO la falsedad de todas las demás hipótesis PLAUSIBLES explicativas de los mismos datos que sean compatibles con la inocencia del acusado/demandado o más beneficiosas para él, (e) excluidas las meras hipótesis *ad hoc*.

Ahora bien, el problema inicial consistía en que PROBADO es un predicado parcialmente evaluativo. Los EdP fueron ideados como las herramientas para librarnos de la discrecionalidad judicial en el ejercicio de esa evaluación caso a caso. Sin embargo, como puede verse, el EdP tomado bajo consideración hace equivaler la PRUEBA de una hipótesis a la PRUEBA de otras hipótesis más finas indicadoras de la verdad de la primera (los datos predichos) y a la PRUEBA de la falsedad de hipótesis rivales. De allí la ineptitud de los EdP *a efectos de eliminar el juicio evaluativo*: si PRUEBA es un predicado parcialmente evaluativo en el *definiens*, seguiría siéndolo en el *definiendum*, así como sus sinónimos.

El problema general (por lo demás, inevitable) reside en que los «resultados probatorios» a que Ferrer apela no son hechos en absoluto, carecen de objetividad en el sentido metafísico antes indicado, no son cosas cuya ocurrencia pueda constatar quien decide, acontecimientos que ocurran con independencia de sus pareceres. Los «resultados epistémicos» empleados en los EdP aludidos («confirmado», «refutado», «integrado explicativamente», «plausible», etc.) son tan ambiguos como «probado». (*i*) En un primer sentido, son predicados graduales, probabilísticos (*confirmado*, *refutado*, etc.). (*ii*) En un segundo sentido, son predicados categóricos que suponen (en cualquier ámbito cognitivo) una evaluación personal por parte de quien los aplica

(CONFIRMADO, REFUTADO, CORROBORADO, etc.)[48]. Por ello, al igual que ocurre con el predicado PROBADO, decir, por ejemplo, que una cierta hipótesis (una predicción) ha sido CONFIRMADA, o que tal o cual hipótesis alternativa fue REFUTADA, etc., no *pueden* constituir juicios descriptivos. Esos predicados no refieren a ningún hecho que ocurra con independencia de quien emplea, en primera persona, el predicado en ese sentido categórico[49].

PSC intenta eludir esta crítica apelando a diversas consideraciones. Abordarlas y rechazarlas por separado puede llegar a hacer más claras las objeciones originarias, o al menos así lo espero.

4.1. La réplica de los casos claros

En el intento de defender la tesis descriptivista frente a la objeción antedicha, Ferrer Beltrán se centra –de manera exclusiva– en el primer rasgo de los criterios epistémicos: su gradualidad. A partir de allí aborda el problema como si se tratase de una mera cuestión de vaguedad de los términos empleados en los EdP [35, 38, 39][50]. Él reconoce que los «resultados probatorios» son graduales y vagos, pero considera que ello no es óbice para que los EdP señalen umbrales objetivos de suficiencia epistémica. Así, lisa y llanamente se omite el rasgo (*ii*) –*i.e.* su carácter (parcialmente) evaluativo– presuponiendo que es perfectamente posible:

> … determinar la suficiencia probatoria identificando los resultados probatorios mínimos que (el *quantum* de) la satisfacción de esos criterios epistémicos reporte sobre cada una de las hipótesis en conflicto: que no se pueda determinar cuánto más probable es una hipótesis que otra no impide que podamos determinar si se alcanzó por alguna de ellas un determinado RESULTADO [39][51].

Como adelanté, esta réplica se torna inocua, pues al tiempo que confunde una premisa de la objeción (la relativa a la gradualidad de los resultados) con la objeción misma, concede la premisa sin más. La objeción, sin embargo, no se centra en el carácter gradual o en la vaguedad de los «resultados probatorios». Su punto neurálgico reside en la «no facticidad» de los «resultados probatorios». Es este último rasgo de los criterios de justificación epistémica lo que descarta la objetividad indispensable para sustentar la tesis descriptivista, no su gradualidad[52].

48. Véase Silk, 2019.
49. Este tipo de objeciones no son una novedad en el mundo de la epistemología: véase, por ejemplo, Goldman, 2013. La solución del autor, en tono fiabilista, no me parece la más adecuada, pero queda claro que el intento de determinar condiciones de justificación objetivas por apelación a otros criterios epistémicos (y, por ello, evaluativos) está desencaminado desde el inicio.
50. Véanse González Lagier, 2020a; González Lagier, 2020b.
51. Las mayúsculas me pertenecen.
52. Aquí no hay que dejarse engañar por la eventual presencia de acuerdos o convergencias. Aun cuando estemos completamente de acuerdo en que «A es DESAGRADABLE», «P es CRUEL», «Está

4.2. La réplica de la exigencia exagerada

Se ha sugerido, como parte del ataque contra la tesis descriptivista y sus tesis asociadas, que la búsqueda de objetividad en la suficiencia probatoria por medio de criterios epistémicos conduciría a una regresión al infinito. Esto así en tanto –por lo dicho en el apartado precedente– serían necesarios nuevos estándares de suficiencia relativos a (los grados de) *refutación*, *confirmación*, etc. Es decir, serían necesarios nuevos estándares a efectos de determiar cuándo se han satisfecho suficientemente los criterios que hacen a la PRUEBA según cada estándar legislado.

Ferrer Beltrán rechaza este argumento indicando que, tal como ocurre respecto de la justificación de la inducción, no es dable exgir a quien juzga «una justificación de todas las premisas que operan como fundamentos inductivos de la larga (infinita, en realidad) cadena de inferencias que permite llegar a sus conclusiones sobre los hechos probados en el proceso» [42]. Estoy completamente de acuerdo con esto último. Pero conceder el punto no afecta en nada la objeción original.

La alusión a la regresión al infinito a que conduciría el proyecto de formular EdP objetivos no estaba direccionada a fomentar o exigir la generación de estándares adicionales, de segundo orden, para la aplicación de EdP de primer orden; es decir, EdP secundarios que objetivicen los umbrales de suficiencia relativos a los criterios graduales empleados en los EdP primarios. Una sugerencia como esa hubiera sido inconsistente con el fondo mismo de la objeción. Ella arguye, precisamente, que no es posible indicar grados objetivos en la escala de *justificación epistémica/prueba* apelando a criterios de justificación epistémica, que ello es vano a efectos de eliminar el juicio evaluativo autónomo de quien juzga. Más que como una exigencia de justificación interminable, el argumento opera como reducción al absurdo por apelación a la regresión al infinito. El punto está en que –en la medida en que la objetividad de lo PROBADO se busque apelando a nuevos criterios evaluativos– sería necesario, o bien estandarizar estos

PROBADO que p», «las predicciones Q, R y S fueron CONFIRMADAS», «las hipótesis alternativas H_2, H_3… H_n quedaron REFUTADAS», la convergencia no elimina el carácter evaluativo de cada una de las calificaciones que en él confluyen. Simplemente acordamos en el modo en que juzgamos autónomamente a esas personas, cosas o hipótesis. Pero la confluencia de evaluaciones solo hace a esos casos *evaluativamente pacíficos*, no descriptivamente fáciles. *Pace* ciertos tipos de constructivismo, el acuerdo no hace emerger, como por arte de magia, ni hechos morales ni hechos epistémicos ni dota de objetividad al discurso. La posibilidad de convergencia es, de todos modos, muy importante. Soy de la idea de que, a efectos de la previsibilidad de las decisiones judiciales sobre los hechos, posee mucha más utilidad prestar atención a las decisiones judiciales en concreto que a las fórmulas abstractas de EdP. En este sentido, creo que el estudio del razonamiento probatorio jurídico debiera concentrarse más bien en qué pruebas y qué argumentos a ellas relativas se tienen por suficientes, en un cierto ordenamiento y a efectos de cierto tipo de casos, para considerar satisfecho un determinado EdP. En este sentido, supongamos que la legislatura promulgó EdP_5. Por lo antes dicho, la exigencia de REFUTACIÓN hipótesis alternativas, la CONFIRMACIÓN de predicciones, etc., son altamente variables. Dada esa variabilidad, muy posiblemente en el mediano o largo plazo se puedan detectar patrones comunes de satisfacción del mismo «estándar» para diferentes tipos de casos. Sobre este aproximación de corte *realista* al razonamiento probatorio puede verse Dei Vecchi, 2014.

nuevos criterios atándolos a criterios objetivos, o bien abandonar la idea (¿dogma?) de la objetividad. Y, dado que lo primero es irrazonable, por conducir al infinito y por ser una exigencia absurda (como el propio Ferrer reconoce), entonces solo parece quedar la segunda vía.

Ahora bien, el modo en que Ferrer responde a este argumento es indicador de dónde reside el malentendido. Él parece entender que la objeción es de carácter epistemológico cuando en realidad es de carácter ontológico. Ella no estaba dirigida a señalar la necesidad de que quien juzga justifique –epistémicamente y al infinito– su paso de, por ejemplo, el grado de *refutación* de la hipótesis alternativa H_1 a la REFUTACIÓN de H_1. Por el contrario, la objeción iba direccionada a mostrar que establecer que ciertas hipótesis están REFUTADAS (aunque presupone ciertos hechos) no es describir hecho alguno, sencillamente porque el paso de *refutado* a REFUTADO no es mero producto de la ocurrencia de un evento, al menos no de un evento independiente de quien, al juzgar, *da* el paso.

Ferrer agrega que la cuestión de la regresión al infinito afectaría mi propia concepción de la justificación, pero esto es también producto del malentendido señalado. Lo que desde mi óptica corta la regresión al infinito es un juicio personal autónomo de suficiencia *probatoria* o, si se prefiere, de suficiencia relativa a cada *resultado* relevante. Una vez que se justificó la evaluación de juzgar al *resultado* como RESULTADO, a efectos de actuar en consecuencia ya no hay nada más que justificar. Se trata de una justificación (parcialmente) práctica, sí; ¿moral? es posible; ¿particularista?, solo en el (irrelevante) sentido de PARTICULARISMO$_{JI}$, es decir, discrecional. En todo caso, ni la primera ni la última decisión de esta índole que quede en manos de la judicatura.

En varias ocasiones Ferrer ha sugerido que este modo de ver, esta manera de configurar la relación entre «es verdad que *p*» y «Está probado que *p*», conduciría a un escepticismo radical sobre la realidad externa. Confieso que no logro ver en qué se asienta esta intuición que, al menos así planteada, es un *non sequitur*. En todo caso, a efectos de intentar destrabar el debate, expongo ahora cuál es el modo en que entiendo esta relación. Cuando alguien dice que «es verdad que *p*» está afirmando que el hecho que haría verdadera a la proposición *p* ha ocurrido, que ese es el modo en que la realidad está constituida, adoptando aquí el sentido más «ingenuo» y nada escéptico de «verdad» (tras las huellas del propio Ferrer[53]). Cuando alguien dice que «Está PROBADO que *p*», en cambio, afirma que, a *su* juicio, él o ella cuenta con razones epistémicas suficientes para aceptar que *p* es verdadero, que *p* ha ocurrido, que es el modo en que la realidad está constituida. Juzgar que se cuenta con razones epistémicas suficientes equivale a evaluar que los criterios graduales de justificación epistémica se han satisfecho completamente (categóricamente) en el marco de ese contexto de acción. Ese juicio es lo que antes he denominado «evaluación autónoma de suficiencia probatoria», un juicio

53. Véase también Pérez Barberá, 2020.

práctico, relativo a las acciones que, sobre la base de aceptar que *p* es el caso, corresponde llevar a cabo.

De todos modos, es necesario resaltar que hay una muy estrecha relación entre estos dos enunciados. Cuando alguien *asevera* que «es verdad que *p*» o, simplemente, «*p*», expresa (como un presupuesto) su juicio de suficiencia de las razones epistémicas (*i.e.* las pruebas) en favor de *p*. Ese juicio de suficiencia concierne, como mínimo, al acto de habla asertivo. Esto se debe a que la aseveración es en sí misma una acción, un «acto de habla», cuya ejecución supone la previa aceptación de una proposición *qua* verdadera[54]. Que la persona *expresa* ese juicio (*i.e.* su evaluación autónoma de suficiencia probatoria) no quiere decir que el juicio mismo sea parte del contenido del acto de habla asertivo: la persona solo *asevera* que *p* es el caso. Su juicio de suficiencia probatoria, aunque involucrado a modo de presupuesto del acto de habla, no forma parte de lo aseverado[55].

Adicionalmente, Ferrer Beltrán parece estar especialmente preocupado por el hecho de que, si se acepta la tesis que aquí defiendo, quedemos obligados a extender esa tesis a todo ámbito vinculado con la investigación empírica. En pocas palabras: teme a la pendiente resbaladiza. Pues le preocupa que la suscripción de esta tesis respecto del enunciado probatorio en sede judicial nos arrastre hasta obligarnos a reconocer que este factor evaluativo es un componente de todo enunciado de suficiencia probatoria, sea cual fuere el ámbito en que se profiere. Su preocupación parece responder al hecho de que esto último le resultaría contraintuitivo. Aquí no puedo más que decir unas pocas palabras sobre este punto. En primer lugar, no está en absoluto claro que la pendiente carezca de límite. Después de todo, no debe olvidarse que los argumentos de este tipo (*slippery slpope*) suelen constituir falacias materiales. Así, no es dable asumir sin más que, *si* la tesis es correcta respecto del ámbito jurídico, *entonces* terminará siendo correcta en todo otro ámbito[56]. Mucho menos aceptable es resistirse a reconocer que la tesis es correcta en un ámbito como el jurídico bajo el pretexto de que extender su alcance a otros ámbitos podría ser contraintuitivo o indeseable. Como es de sobra sabido, la indeseabilidad no cuenta como argumento, aunque pueda ser un motor para buscar

54. Se trata de una cuestión difícil que no puede ser mayormente desarrollada aquí. Sobre lo que una persona expresa y sobre lo que presupone al llevar a cabo un acto ilocucionario asertivo, véanse Alston, 2000; Geach, 1965; Sbisà, 2009; Stalnaker, 1978. Más en general, Searle, 1968; Searle, 1969.

55. Cuando se asevera que *p* se dice solamente que «*p* es el caso». Al hacerlo el hablante expresa, como un presupuesto, su evaluación según la cual tiene pruebas suficientes para aseverar que *p*. Pero no *reporta* su evaluación: no *dice* «Evalúo que tengo pruebas suficientes para aseverar que *p*». El problema, familiar dentro de la discusión iusfilosófica, es semejante al que se ha venido discutiendo en torno a los «enunciados internos» hartianos y la expresión de aceptación de la regla de reconocimiento que ellos acarrean. Cuando se profiere un enunciado interno se expresa aceptación de la regla de reconocimiento, pero el hablante no reporta en su proferencia que está aceptando dicha regla. Cfr. Hart, 1982: 252; Rapetti, 2019: 169-174, 179-182; Raz, 1993: 148; Raz, 1998: 243; Toh, 2005; Toh, 2007: 405; Toh, 2015. Algo más sobre la lectura expresivista y la fuerza constitutiva del enunciado probatorio en Dei Vecchi, 2020: 227-230.

56. En otro sitio he sugerido la dirección en que podría ir la búsqueda de límites frente a esta aparente pendiente. Véase Dei Vecchi, 2020: 191-192.

alguno. En segundo lugar, tiendo a pensar que, aun cuando la tesis se extendiese a todo ámbito de la investigación empírica, las consecuencias no serían tan preocupantes ni resultarían tan estridentes. Pero esto puede dejarse para otra ocasión.

4.3. La innecesaria réplica universalista

Ferrer Beltrán dice no saber si autores como Lillquist, Ho o incluso yo mismo asumimos una concepción radical del particularismo metaético como la de Dancy (*i.e.* el que he llamado «moral puro»). Por mi parte, debo decir que no suscribo ni he suscrito el particularismo puro en ninguna de sus dos manifestaciones, ni jurídica, ni moral. En ninguno de los escritos dirigidos al análisis de los EdP (y en ningún otro) he sostenido tal cosa ni creo haber sugerido que la decisión «particularista» de la suficiencia probatoria sea deseable [cfr. 47, 50]. La discusión sobre el particularismo metaético –por cuanto pueda ser pertienente frente a esas otras posturas– no atiene a mis propias objeciones dirigidas contra las tesis mencionadas al inicio.

La creencia en contrario parece reposar en la ya señalada asunción de que, si alguien sostiene que la suficiencia probatoria requiere necesariamente una evaluación judicial autónoma, entonces esa persona «incurre» en «particularismo». Como hemos visto, el único sentido plausible en que esta asunción es admisible es en el sentido ínfimo de PARTICULARISMO$_{JI}$. Pero he indicado ya que ni siquera en este sentido es acertada la atribución.

El rechazo de la objetividad de los EdP no se asienta en que «no podemos identificar universalmente las propiedades relevantes para decidir sobre el nivel de suficiencia probatoria requerido para un cierto tipo de casos» [50]. Al contrario, estoy dispuesto a admitir sin más, sin entrar siquiera en el debate y como tesis de carácter general, que es posible establecer reglas universales indicando «tesis de relevancia legislativas», que nada impide que esas tesis de relevancia contengan propiedades objetivas susceptibles de ser descriptas y, lo más importante, que esas propiedades son invariablemente relevantes a efectos de decidir los casos particulares[57]. En este sentido, la objeción contra la objetividad tampoco concierne a la cuestión de la derrotabilidad de las normas jurídicas, asunto usualmente vinculado a la adopción del particularismo[58].

57. De hecho, es el caso de EdP_3 y EdP_4 sin perjuicio de que sean deficientes por otras razones. Sobre la noción de TESIS DE RELEVANCIA (e HIPÓTESIS DE RELEVANCIA) véase Alchourrón & Bulygin, 2006 [1971]: 153-157. Cfr. Celano, 2005.

58. Hago estas dos aclaraciones porque, tal como sugiere Redondo, 2005, una posición universalista respecto de la relevancia de las razones prácticas parece presuponer una tesis universalista en sentido semántico (a lo que alude la «tesis de relevancia») y una en sentido lógico (a la que refiere el rechazo de la derrotabilidad de las normas). En suma: se puede asumir aquí el universalismo jurídico en el sentido de que las normas jurídicas son (i) contenidos semánticos universales, (ii) condicionales estrictos, (iii) razones uniformes e invariablemente relevantes si son válidas (Redondo, 2005: 50). Cfr. Bayón Mohino, 2000; Bayón Mohino, 2001; Bayón Mohíno & Rodríguez, 2003; Jorge L. Rodríguez, 2002: 368 y ss.; Jorge Luis Rodríguez & Sucar, 1998.

La objeción ha estado siempre dirigida a señalar, muy por el contrario, que los criterios de justificación epistémica empleados en los antecedentes de las reglas que conforman los EdP, *i.e.* los «resultados epitémicos», no son propiedades empíricas, fácticas, objetivas. De modo que apelar a esas propiedades en las «tesis de relevancia» de los EdP es un mecanismo inapto para privar a la judicatura del *tipo de juicio* evaluativo que le incumbiría si la «tesis de relevancia» solo incluyese como propiedad relevante el predicado gradual *probado*. La observación concierne a la formulación del EdP en concreto, al contenido de la norma, no a la posibilidad de justificaciones universalistas.

Una analogía puede ser de utilidad para aclarar la cuestión. Supongamos que la legislatura promulga una norma como la siguiente:

N_1: Toda persona desagradable debe ser condenada a la pena de prisión.

En principio, predicar de una persona que es desagradable requiere de una evaluación autónoma, así como predicar de una hipótesis que está PROBADA requería de un juicio tal. En ninguno de los dos casos se trata de propiedades descriptivas predicables de personas o hipótesis, respectivamente.

Ahora bien, N_1 suscita gran escándalo en la ciudadanía debido –entre otras tantas cosas– a la imprevisibilidad que genera a efectos de su aplicaición. De allí que la legislatura decide fijar un «estándar» para impedir que el juicio evaluativo que implica decir que alguien es desagradable sea llevado a cabo caso a caso por quien decide. Este estándar se establece bajo la esperanza de lograr que el enunciado «*A* es desagradable», pronunciado en la decisión judicial, pase ahora a tener fuerza descriptiva. Para ello es indispensable enlazar, por medio de una tesis de relevancia, el juicio de lo que es desagradable con propiedades objetivas. Solo así podría garantizarse que quien juzga se limite a aplicar neutralmente una evaluación heterónoma y universal anticipada por el órgano democrático. A estos efectos la legislatura emite entonces una norma adicional definiendo «desagradable».

N2: Persona desagradable$=_{df}$ persona deshonesta, cruel y egoísta.

¿Ha impedido la legislatura que el juicio evaluativo lo lleven a cabo quienes deciden en cada caso? ¿Ha convertido al enunciado «*A* es desagradable» pronunciado en la decisión judicial sobre la base de N_2 en enunciado descriptivo? La respuesta a ambas preguntas es negativa. Deshonesto, cruel y egoísta son predicados tan evaluativos cuanto lo era el concepto que procuran definir[59]. Así que, aunque N_2 indica de algún modo a qué hay que mirar para establecer evaluativamente si alguien es desagradable –y de allí que no sea inútil o supérflua–, sigue apelando a propiedades que quien decide atribuye

59. Aquí el «casi» apunta a resaltar el carácter *thick* de esos predicados morales. Por razones de extensión no puedo detenerme en ello ahora, pero ha de tenerse presente que los conceptos morales *thick*, o densos, son parcialmente descriptivos. Es por ello que, como diré en breve, no es en absoluto inútil emplear conceptos tales en los antecedentes de las normas jurídicas.

a la persona juzgada según un juicio de valor, no propiedades fácticas que constata o describe respecto de ella.

Es esto lo que ocurre con los criterios de justificación epistémica. La cuestión no reside en la asunción del «particularismo» en ningún sentido relevante del término, sino en que las propiedades específicas que conforman el supuesto de hecho de las normas universales con que se identifican los EdP exigen evaluaciones personales. En este sentido, al tiempo que una posición particularista consiste en una tesis general acerca de un modelo (ideal) de justificación normativa, la objeción que estoy defendiendo está totalmente centrada en los criterios de suficiencia probatoria, desde una perspectiva universalista[60].

Es también por esto que dos personas llamadas a aplicar la misma fórmula de EdP para el mismo caso y frente a las mismas pruebas pueden discrepar *sin culpa* respecto de si el EdP se ha satisfecho o no. Imaginemos que luego del juicio en contra de A, practicados todos los medios de prueba oportunamente ofrecidos y admitidos, las juezas X e Y deben decidir si la fórmula EdP_5 se ha satisfecho y pueden, por tanto, condenar a A a la pena P por haber ejecutado la acción Φ. X e Y tienen una formación rigurosa en epistemología y conocen minuciosamente los criterios de justificación epistémica (en especial aquellos a que hace alusión EdP_5). Podríamos incluso imaginar, por mor de argumento, que poseen la capacidad (sobrehumana, por cierto) de percibir objetivamente los grados en que los criterios de justificación epistémica están satisfechos, pudiéndolos cuantificar del 1 al 99. Y, dado que ellas (pero solo ellas) poseen esa capacidad, están siempre de acuerdo (y están en lo correcto) respecto de cuál es el grado de satisfacción de cada criterio relevante. Una vez valorada la prueba, X e Y concluyen que (a) la hipótesis de la culpabilidad *explica* los datos disponibles con una fortaleza de 80 (o 10, 20, etc.) puntos, (b) *integrándolos de modo coherente* en un grado de 80 (o 10, 20, etc.) puntos; (c) el 80 (o 10, 20, etc.) % de las predicciones de nuevos datos que la hipótesis permitía formular fueron *confirmadas* en un grado de 90 (o 10, 20, etc.) puntos y han sido aportadas al proceso; (d) las demás hipótesis explicativas de los mismos datos compatibles con la inocencia de A que tuvieran una *plausibilidad* de más de 80 (o 10, 20, etc.) puntos han sido *refutadas* en un grado de 90 (o 10, 20, etc.) puntos. No obstante, a pesar de este acuerdo pleno respecto del grado de satisfacción de los criterios epistémicos (y, por tanto, del grado de *justificación epistémica*), ellas deben preguntarse: ¿se ha satisfecho EdP_5? ¿la medida en que se dan los resultados probatorios en su acepción gradual es suficiente para pasar a su acepción categórica?¿Pueden considerarse CONFIRMADAS las predicciones en cuestión? ¿están REFUTADAS las demás hipótesis beneficiosas para el imputado? ¿está bien considerar PLAUSIBLES solo a las hipótesis compatibles con la inocencia del acusado que sean *plausibles* en más de 90 puntos? Ante esto, es perfectamente posible que X sostenga que sí, que EdP_5 debe considerarse satisfecho y que Y sostenga que no, que debe absolverse a A, que el grado

60. Véase Redondo, 2005: 36.

en que se dan los «resultados epistémicos» no debe ser tenido por suficiente a efectos de una condena como C. Este desacuerdo no se debe a la vaguedad de los conceptos epistémicos, sino que es producto de su carácter evaluativo. Y es por esto que, en virtud de la naturaleza misma de los criterios de justificación epistémica, *pace* Ferrer Beltrán, es perfectamente posible que «dos decisiones, una de condena y otra de absolución, tomadas sobre la base de las mismas pruebas, [se acaben] considerando igualmente «impecables»» [58]. Y esto es así haya o no fórmulas de EdP como las propuestas en PSC[61].

4.4. La potencial contrarréplica de las «proposiciones axiológicas»

Hasta aquí he defendido, frente a las réplicas de PSC, la tesis según la cual la proferencia judicial de «Está probado que *p*» acarrea un juicio valorativo propio de quien juzga. Esto es así existan o no fórmulas de EdP como las propuestas en esa obra. Como se dijo, se trata de una valoración dirigida a establecer que el grado en que se encuentra satisfecho cada criterio epistémico relevante según la fórmula (e.g. *refutación de hipótesis alternativas*, *confirmación de datos*, etc.) es suficiente a efectos de considerar que esos criterios están satisfechos de manera categórica. Así, dado que establecer en cada caso concreto si se da el antecedente de la norma cuyo consecuente es la suficiencia probatoria (i.e. la PRUEBA) es en parte una valoración, decir que «Está probado que *p*» no podrá ser un acto de habla puramente descriptivo.

Antes se ha puesto de manifiesto por qué las réplicas de PSC son inocuas a efectos de dar plausibilidad a la tesis descriptivista. Sin embargo, como vía de escape, podría intentarse poner en dudas que la valoración aludida consista en un «genuino juicio de valor»[62]. En un artículo sumamente sugerente –y, por lo demás, también muy anticipado en los pocos pasajes en que aborda la cuestión del razonamiento probatorio– Alchourrón y Bulygin ponen de manifiesto algunas ideas que podrían emplearse para articular una contrarréplica de este estilo. Ellos presentan estas ideas matizando algunas observaciones de MacCormick en contra de la posibilidad de emplear la Inteligencia Artificial en el marco de la decisión judicial. En lo que aquí importa, este último ponía en cuestión esa posiblidad subrayando el hecho de que, en muchas ocasiones, quienes aplican normas jurídicas tienen que llevar a cabo juicios valorativos a efectos de establecer establecer si el antecedente de esas normas se satisfizo o no en cada caso concreto. Alchourrón y Bulygin intentan contrarrestar esta apreciación, sin negar su acierto, moderando su impacto para la práctica jurídico-decisoria. La la tesis descriptivista aquí discutida podría

61. He formulado algunos ejemplos más en esta dirección en Dei Vecchi, 2020, cap. VI, donde también puede verse por qué es un error creer que la satisfacción del EdP aparentemente más exigente *impliqua lógicamente* la satisfacción del aparentemente menos exigente.
62. Alchourrón & Bulygin, 2021 [1989]: 346.

servirse de las consideraciones de Alchourrón y Bulygin y defenderse a la luz de alguna de las tres estrategias que ellos insinúan.

La primera estrategia sería la de reducir la «valoración» judicial involucrada en la predicación de rasgos epistémicos a la atribución de peso probatorio a los elementos de prueba. Tal como sostienen Alchourrón y Bulygin, que aluden a este tipo de «valoración» bajo la etiqueta de «valoración epistémica», aquí no hay juicio de valor genuino por parte de quien juzga[63]. En efecto, se trata del tipo de «valoración» que permite establecer el grado de *prueba*, el grado de justificación epistémica. No es este el tipo de «valoración» en que se ha hecho énfasis en este trabajo, ni en ninguno de los anteriores criticando la tesis descriptivista del enunciado probatorio. La «valoración» relevante no es la que permite establecer el grado de *prueba*, sino la que determina que el grado de *prueba* con que se cuenta en el caso concreto funge de PRUEBA a efectos de resolver dicho caso. Por ello, esta primera estrategia de defensa de la tesis descriptivista sería inútil.

La segunda estrategia habría de reducir la «valoración» judicial involucrada en la predicación de rasgos epistémicos a casos de penumbra. Esta variante consistiría en sostener que la «valoración» judicial relevante no es más que la que se requiere para reducir la vaguedad de cualquier concepto. En este caso, se trataría de reducir la vaguedad los conceptos epistémicos empleados en el EdP de que se trate. De tal modo, como en cualquier otro caso en que una norma contiene en su antecedente conceptos vagos, la aplicación de EdP exigiría, al menos en ocasiones, formular «enunciados interpretativos judiciales» a efectos de reducir la indeterminación de esos conceptos. Alchourrón y Bulygin toman bajo consideración el ejemplo dworkiniano de los «contratos sacrílegos». Si una persona tuviera que decidir judicialmente si un «contrato celebrado en domingo» cae dentro del campo de referencia al que alude la primera de las expresiones, habría de formular, en primera persona, un enunciado interpretativo. La razón es que, se asume, «contrato celebrado en domingo» no es un caso claro de «contrato sacrílego», sino uno dentro de lo que Hart llamaba «zona de penumbra». Estos casos son instancias de lo que Alchourrón y Bulygin habían llamado años antes «lagunas de reconocimiento»[64]. Frente a lagunas tales, sostienen los autores, quien decide ha de establecer una definición estipulativa a efectos de resolver la disputa (e.g. estipula que «contrato celebrado en domingo» cuenta como «contrato sacrílego»). Esta definición estipulativa opera a modo de norma constitutiva de origen judicial. Se trata de una definición, un enunciado analítico creado judicialmente, que mantiene vivo el carácter «deductivo» de la decisión judicial. Una vez que la persona que juzga establece la definición estipulativa solo le queda subsumir el caso individual en el caso genérico diciendo algo así como que: «el contrato que celebraron el demandante X y la demandada Y es sacrílego» (puesto que se celebró en domingo). ¿Podría ser esta una estrategia en auxilio de la tesis descriptivista

63. Alchourrón & Bulygin, 2021 [1989]: 346.
64. Alchourrón & Bulygin, 2006 [1971].

del enunciado probatorio? La analogía puede ser esclarecedora. Asumamos que los predicados epistémicos empleados en las fórmulas analizadas funcionan del mismo modo que SACRÍLEGO, formando todos ellos un conjunto de conceptos.

Ante esto es necesario trazar algunas distinciones. Una primera alternativa sería entender que todos los conceptos de ese conjunto operan como predicados valorativos. Si este fuera el caso, la estrategia de la definición estipulativa podría servir para mantener en pié la reconstrucción subsuntiva de la decisión judicial (que es lo que a Alchourrón y Bulygin parece interesarles). Sin embargo, esa estrategia sería tan solo un mal disfraz si lo que se pretende es sostener que, en esos casos, quien aplica la norma se limita a *constatar* que una determinada cosa o evento posee una cierta propiedad. Aun cuando la estipulación preceda a la subsunción, parece innegable que el juicio de valor ínsito en estipular cosas tales como que el grado de *refutación* de la hipótesis *H* cuenta como REFUTACIÓN a la luz del caso es un juicio propio de quien juzga. De modo que, aunque la reconstrucción subsuntivista siga en pie, decir que en casos como esos el juez se limita a aplicar un juicio de valor legislativo es un engaño liso y llano. Si la persona que juzga tuviera que definir en cada caso cuál es el grado en que un cierto predicado epistémico está *suficientemente* satisfecho antes de predicarlo de una hipótesis, decir que es la legislatura la que ha fijado el umbral de suficiencia no es más que un eufemismo. Tal como los propios Alchourrón y Bulygin sostienen:

> La aceptación de una regla semántica puede estar (y usualmente está) basada en genuinos juicios de valor, esto es, en valoraciones éticas de las consecuencias de adoptar tal o cual decisión, pero la aplicación de una regla semántica nada tiene que ver con valoraciones[65].

La segunda alternativa sería entender que los conceptos del conjunto operan como predicados descriptivos. Si así fuera, la definición estipulativa judicial sería necesaria tan solo frente a casos de vaguedad, casos propios de la «zona de penumbra» del concepto. Ya hemos visto que PROBADO, REFUTADO, CONFIRMADO, etc. no pueden ser considerados predicados descriptivos. Por consiguiente, esta segunda alternativa se torna una opción vedada para defender la tesis descriptivista. Pero quedaría una tercera vía: considerar que, aun cuando los conceptos en cuestión operan usualmente como predicados valorativos, es posible emplearlos descriptivamente desde un punto de vista metalingüístico. Esto nos llevaría a la tercera estrategia que Alchourrón y Bulygin elaboran.

Esta tercera estrategia se enfrenta al caso más espinoso, a saber: el de «términos valorativos que figuran en normas jurídicas»[66] tales que no resultan reducibles a casos de valoración epistémica (primera estrategia) ni a casos de vaguedad o penumbra (segunda estrategia). Ya hemos visto que es precisamente este el problema que afecta a las fórmulas de EdP propuestas en PSC. Ahora bien, con buen atino, Alchourrón y Bulygin sostienen que en los casos en que las normas contienen términos (parcialmente) valorativos

65. Alchourrón & Bulygin, 2021 [1989]: 347.
66. Alchourrón & Bulygin, 2021 [1989]: 347.

como los aquí analizados, «no es en modo alguno claro e indiscutible que su aplicación a situaciones particulares exige valoraciones genuinas»[67]. Esto se debe a que, dicho muy sintéticamente, así como los términos normativos (e.g. obligatorio, prohibido, etc.) admiten un uso primario, normativo, y otro secundario, descriptivo, también los términos valorativos admiten estos dos usos lingüísticos. En su uso primario los términos valorativos expresan aprobación o desaprobación, es decir, genuinos juicios de valor, juicios «éticos» de quien los emplea. En su uso secundario, en cambio, son predicados descriptivos, expresan proposiciones fácticas «a los efectos de que la cosa [en nuestro caso: la hipótesis] en cuestión satisface las pautas o criterios valorativos de una cierta comunidad o grupo social [en nuestro caso: que está CONFIRMADA, PROBADA, REFUTADA, etc.]»[68]. Los autores proponen llamar a las expresiones de términos valorativos en función descriptiva «proposiciones axiológicas», como correlativo de las «proposiciones normativas» que describen normas jurídicas o posiciones deónticas.

En este orden de ideas, cuando una norma contiene en su antecedente un predicado valorativo, se dan dos alternativas. Podría ser el caso que quien aplica esa norma emplee el predicado en su uso primario, expresando su propio juicio de valor. Pero podría también ocurrir que quien decida se limite a aplicar el predicado «descriptivamente», a la luz de la valoración de la comunidad relevante. Supongamos que el ordenamiento contiene una norma N_1 como la que antes hemos imaginado[69]. El término «desagradable» refiere sin dudas a una propiedad evaluativa[70]. Pero podría ser el caso que en la comunidad de referencia exista una valoración bastante afianzada (al menos un núcleo claro) respecto de lo que es desagradable. En casos como este, la judicatura podría aplicar la norma apelando a ese juicio comunitariamente afianzado sin siquiera tener que comprometerse con él.

Pues bien, descartadas la primera y la segunda, la tesis descriptivista del enunciado probatorio podría intentar defenderse apelando a esta tercera estrategia. Podría argüirse que la determinación de si suficientes hipótesis PLAUSIBLES han sido REFUTADAS, y de si sufcientes datos predichos han sido CONFIRMADOS, etc., exige valoraciones genuinas solo en un uso primario de esos términos. En contraste –habría de alegar el descriptivista– lo que los EdP exigen a la judicatura cuando imponen «constatar» la presencia de esas propiedades es emplear esos predicados valorativos en un uso secundario. Es decir, según este argumento, para predicar de una hipótesis que ella está, e.g. REFUTADA, quien juzga habría de indagar acerca de las valoraciones sociales en virtud

67. Alchourrón & Bulygin, 2021 [1989]: 347. En la misma orientación Bayón Mohino, 1991: 219.
68. Alchourrón & Bulygin, 2021 [1989]: 347.
69. N_1: Toda persona desagradable debe ser condenada a la pena de prisión.
70. La expresión «propiedad evaluativa» (véase Bouvier 2012: 30) puede ser puesta en entredicho. Sin embargo, a efectos de este trabajo, detenerse a discutir el punto sería una distracción sin mucha utilidad. El argumento en desarrollo se mantiene incólume aun si se reemplaza esa expresión por otras tales como «conceptos evaluativos» o «atributivos», etc., o incluso limitándose a hablar de «evaluaciones».

de las cuales, dentro de la comunidad, se considera que el grado de *refutación* de una hipótesis cuenta como REFUTACIÓN.

No obstante, esta estrategia acarrearía grandes problemas. Ante todo, ya hemos visto que las valoraciones que determinan cuándo los predicados graduales en cuestión (e.g. *refutado, confirmado, probado*) se satisfacen de manera categórica son dependientes del contexto de acción. De allí que, para elucidar cuál es la valoración social respecto de cada predicado, habría que establecer antes cuáles son los contextos de valoración comunitaria relevantes a indagar[71]. En efecto, el grado de *refutación* suficiente relativo a la tesis según la cual «la tierra es plana» podría llegar a ser muy diferente al exigido respecto de la tesis «X padece de cáncer» y ambos podrían diferir del grado de justificación epistémica con el cual se considerará REFUTADA la tesis «Y mató a Z». Es más, el grado de suficiencia «socialmente aceptado» podría ser variable respecto de todos esos enunciados de acuerdo a cuál sea la acción a emprender si se los acepta como verdaderos.

En segundo lugar, es muy dudoso que haya algo así como acuerdos comunitarios acerca del grado en que ciertas hipótesis han de considerarse suficientemente refutadas, u otras suficientemente confirmadas, o acerca de cuántas predicciones hay que constatar respecto de tales o cuales hipótesis, y de cuándo esa constatación es suficiente, y una larga lista de etcéteras. De hecho, dentro de la comunidad (y dentro de la comunidad científica en particular) se dan de manera persistente discusiones relativas al grado de justificación epistémica a partir del cual alguien podría decir que sabe que *p*, o sobre el grado de justificación epistémica a efectos dar *p* por probado y llevar a cabo tal o cual acción, o sobre el grado de justificación que *p* requeriría para realizar tal o cual otra. Por cierto, se trata en la mayor parte de los casos de desacuerdos valorativos relativos al grado de justificación epistémica *suficiente*, no siempre o no solo de desacuerdos relativos al grado de justificación epistémica *tout court*.

En tercer lugar, esta estrategia habría de enfrentar un problema adicional. Como se ha visto, el juicio de valor implicado en la determinación de la suficiencia probatoria (o la suficiencia confirmatoria, o refutatoria, etc.) concierne a la acción a llevar a cabo y a las posibles consecuencias de estar equivocado acerca de la verdad de la proposición que se declara probada. Es decir, el juicio de suficiencia es función del *contexto de acción*. Los EdP están ideados para operar en el contexto de decisiones judiciales, donde las acciones a llevar a cabo consisten en condenar a cierta pena, absolver por cierto delito, y cosas por el estilo, con sus consiguientes ejecuciones (del encierro en prisión a la puesta en libertad, de la responsabilización a la liberación, del embargo a la declaración de libre disponibilidad, etc.). Las únicas personas que en la comunidad pueden llevar a cabo esas acciones son, naturalmente, aquellas con competencia para adoptar decisiones judiciales. De manera que, si se pretende obligar a la judicatura a hacer un uso secundario de los términos valorativos contenidos en los EdP, se les estará

71. Es decir, si queremos determinar cuándo una hipótesis está REFUTADA a efectos de resolver un caso, ¿qué investigación empírica habría que llevar a cabo a efectos de descubrir las valoraciones comunitarias? ¿cuál será el contexto de valoración comunitaria a observar?

exigiendo averiguar cuáles son (o serían) los juicios de valor de la comunidad respecto de las acciones que *solo la judicatura* puede llevar a cabo. Habría que desentrañar la opinión comunitaria relativa al grado de justificación epistémica a la luz del cual un EdP como EdP_5 *debería* considerarse satisfecho. Es decir, sería necesario indagar acerca de las valoraciones de la comunidad respecto de cosas tales como: (i) el grado de *plausibilidad* que las hipótesis deberían tener para ameritar tratamiento refutatorio, (ii) el grado de *refutación* bajo el cual deberían declararse REFUTADAS, (iii) el grado de plausibilidad que las predicciones deberían tener a efectos de ameritar tratamiento confirmatorio, (iv) el grado de *confirmación*, etc. Recurrir a esta estrategia de contrarréplica sería insólito, sobre todo porque, una vez más, las valoraciones acerca de todas esas cosas son relativas al tipo de decisión a adoptar. De modo que esa indagación habría de discriminar todas las variaciones valorativas, tomando bajo consideración cada propiedad que la comunidad considere relevante[72]. Frente a esto, podría intentarse acaso una vía menos radical compatible con la tercera estrategia: alguien podría querer insistir en que, aun cuando quizás los juicios de valor *iniciales* a efectos de determinar la satisfacción de los criterios del EdP serán propios de quienes apliquen las fórmulas correspondientes –i.e. de la judicatura y no de la comunidad en general– a largo plazo los jueces ulteriores se podrán limitar a formular «proposiciones axiológicas» basadas en esos juicios de valor «fundantes»[73]. Ante esto caben al menos cuatro consideraciones: primero y banalmente, será indiscutible que, al fin y al cabo, será la judicatura la que determine la distribución del riesgo de error para cada clase de casos. Segundo, cabrá ver seguramente que los criterios contemplados por fórmulas como EdP_5 son altamente variables de un contexto a otro, es decir, de una cierta clase de casos a otra clase de casos. Las variaciones serán también producto de las decisiones judiciales. Tercero, es indispensable tener presente cuál es el modo en que uno, como observador externo, verificaría la homogeneidad de las valoraciones judiciales respecto de cuándo (en cierta clase de casos) hay, pongamos, REFUTACIÓN, CONFIRMACIÓN, etc. a efectos de aplicación de un determinado EdP. El único modo en que una persona podría sostener que (respecto de cierta clase de casos) hay una valoración homogénea a este respecto pareciera ser apelando a correlaciones entre dos tipos de factores frente a los cuales se sostenga la presencia de esas propiedades epistémicas. Por un lado, cabrá observar (a) la presencia de ciertos medios de prueba, (b) la presencia de ciertos indicios relativos a la fiabilidad de esos medios de prueba. Por el otro, muy posiblemente se aludirá a rasgos propios del caso (e.g. el tratarse de un caso de violencia sexual, caracterizado por la usual ausencia de prueba

72. Obsérvese que esta variante de la tercera estrategia terminaría oficiando de potente argumento en favor de los jurados populares.

73. Aquí se evoca la noción de «interpretación constante y dominante» de Riccardo Guastini (Guastini, 2008: 74-75; Guastini, 2011: 217; Guastini, 2013a: 152; Guastini, 2013b, § 2 ap. 3). Sin embargo, al tiempo que Guastini aplica esa noción a la categoría de «interpretación *in abstracto*» (es decir, atribución de significado a disposiciones normativas), aquí se está hablando de «interpretación *in concreto*» (es decir, de subsunción de casos individuales en casos genéricos). Sobre esta última distinción pueden consultarse Guastini, 2004; Guastini, 2011.

de tal o cual tipo; o el tratarse de un caso de corrupción usualmente caracterizado por la ausencia de tal o cual tipo de prueba pero la presencia de tal o cual tipo de prueba diferente, etc.). Estudiar y poner de manifiesto estas correlaciones variables respecto de tipos de casos –lo que demostraría de por sí la falta de objetividad en fórmulas de EdP como las aquí analizadas– sería sumamente útil en términos predictivos y sumamente ilustrativo en términos teóricos. De allí la sugerencia de que un estudio del razonamiento probatorio jurídico, al menos en lo que a la suficiencia probatoria concierne, tenga que adoptar una perspectiva mucho más *realista*[74].

5. LOS EDP SIN DISTORSIÓN: LO OBJETIVO Y LO INTERSUBJETIVO

¿Significa todo esto que las fórmulas de EdP son completamente irrelevantes? Mi respuesta aquí es también negativa. Lo cual no debería resultar extraño, al menos en la medida en que se trace la distinción ya sugerida entre (a) estándares que «determina[n] el umbral de suficiencia probatoria a partir del cual una hipótesis sobre los hechos deberá considerarse como probada» [33] (EdP) y (b) estándares que establecen cuáles son las pautas argumentativas o motivacionales que deben tratarse expresamente cuando se juzgan como probadas o no ciertas premisas fácticas en una decisión judicial.

Lo primero presupone objetividad, al menos si se quiere sostener que «Está PROBADO que *p*», como enunciado resultante de la aplicación del estándar, tiene fuerza ilocucionaria descriptiva. Si lo antes dicho es correcto, esta posibilidad queda descartada. Lo segundo, en cambio, constituye una exigencia muy diferente. Se limita a indicarle a quien decide cuáles son los postulados, los criterios epistémicos, sobre los que debe pronunciarse al momento de establecer (de *evaluar autónomamente*) si la premisa fáctica está PROBADA. Así entendidos, los estándares de motivación probatoria proporcionan criterios intersubjetivamente controlables, y de la índole adecuada, de argumentación en favor de las premisas fácticas. Luego de la decisión, una vez motivada la sentencia, estos criterios permiten ver cuál es la base epistémica (la *prueba*) sobre la cual, quien juzgó, desplegó su evaluación personal de suficiencia probatoria (*i.e.* la determinación de que hay PRUEBA).

Esta distinción entre lo objetivo y lo intersubjetivo aparece de manera clara en un reciente artículo de Edgar Aguilera. Para mi sorpresa, él me ubica como un contendiente frente a su propia postura acerca de los EdP, postura que dice compartir con Ferrer. No obstante, desde el inicio de su trabajo Aguilera enfatiza: (i) que los enunciados probatorios pronunciados en la decisión judicial contienen irremediablemente un aspecto evaluativo, y (ii) que mi propia interpretación de aquello en que para Ferrer Beltrán –o para Larry Laudan, pero esto no viene al caso aquí– debería consistir la objetividad de los EdP es sumamente ingenua. Él entiende que el tipo de objetividad cuya búsqueda les atribuyo a esos autores no se condice con la que ellos realmente defienden: una

74. Véase lo dicho en n. 52.

objetividad no ingenua que no consistiría más que en lograr que las fórmulas de EdP provean de «criterios intersubjetivamente controlables» de justificación de premisas fácticas[75].

Mi sorpresa responde a dos razones. En primer lugar, al reconocer que los enunciados probatorios contienen indefectiblemente un aspecto evaluativo se concede todo lo que hace falta para descartar la tesis de la fuerza ilocucionaria descriptiva (a menos que se asuma que las evaluaciones morales en cuestión pueden ser objetivas, claro está). En segundo término, estoy plenamente de acuerdo con Aguilera respecto de que es ingenuo pensar que una fórmula de EdP puede determinar objetivamente el umbral de suficiencia probatoria. He intentado mostrarlo en las páginas precedentes. Comparto su insistencia en que hay que abandonar esa objetividad y conformarse con la fijación de criterios de control intersubjetivo. Mas disiento en que atribuir a Ferrer Beltrán una pretensión de objetividad tal sea incorrecto, o que ello responda a algo así como una interpretación poco caritativa de sus tesis. Pues suscribir que los EdP establecen de modo objetivo el umbral de suficiencia probatoria es insoslayable si se quiere sostener consistentemente que «Está PROBADO que *p*», pronunciado en la decisión judicial, tiene valor de verdad y fuerza descriptiva. Y negar que Ferrer sostenga esto último, a mi parecer, significaría traspasar los límites de una interpretación caritativa. De hecho, creo que sería una audaz interpretación *correctora*[76].

Sea como fuere, Aguilera logra poner de manifiesto que las fórmulas de EdP analizadas son adecuadas para suministrar criterios intersubjetivamente controlables de motivación. Se trata de fórmulas que le dicen a quien decide cuáles son las aristas de la justificación epistémica que debe observar y que debe explicitar en su decisión, en su motivación de la premisa fáctica. Es decir, son fórmulas que establecen cómo articular expresamente la base *probatoria* sobre la cual, quien juzgue, deberá llevar a cabo su evaluación autónoma a efectos de decidir si hay PRUEBA. Esto permitiría a los justiciables controlar que la decisión sobre la *quaestio facti* se haya adoptado por el tipo adecuado de razones y los habilitaría para juzgar por sí mismos si la evaluación judicial autónoma de suficiencia probatoria se considera apropiada a la luz del acervo probatorio y de las inferencias explicitadas. Esto último es, de todos modos, un control político-moral de la función judicial, un control evaluativo de una decisión evaluativa, semejante al que llevamos a cabo cuando deliberamos, por ejemplo, sobre el modo en que las cortes han tomado decisiones morales ponderando principios.

Quizás sería desesable que la legislatura pudiera indicar grados objetivos de suficiencia probatoria y privar al «órgano contramayoritario» de ese espacio de discrecionalidad evaluativa, tanto como sería deseable contar con criterios de justificación epistémica infalibles que nos doten de certezas racionales. La concepción racional de la prueba ha logrado derribar el mito de las certezas racionales y de la infalibilidad en las decisiones

75. Aguilera García, 2021.
76. Véase, sobre todo Ferrer Beltrán, 2001; Ferrer Beltrán, 2002, cap. I; Ferrer Beltrán, 2007: 20, 114; Ferrer Beltrán, 2021: 200 n. 288.

sobre «hechos probados». Falta ahora derribar el mito de los EdP objetivos, reconociendo esta otra limitación a efectos de empezar a gestionarla de manera realista. Frente a esto, las fórmulas que se proponen como estándares de prueba son herramientas sumamente útiles, sí, mas en su justa medida o, más bien, en la medida de sus posibilidades.

BIBLIOGRAFÍA

Accatino, D. (2019). Teoría de la prueba: ¿somos todos «racionalistas» ahora? *Revus* 39

Aguilera García, E. R. (2021). Dudando de las dudas sobre la formulación de estándares de prueba jurídicos (razonablemente) objetivos. En C. Vázquez Rojas (Ed.), *Ciencia y justicia. El conocimiento experto en la Corte*. México: Centro de Estudios Constitucionales.

Alchourrón, C. E., & Bulygin, E. (2006 [1971]). *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires: Astrea.

Alchourrón, C. E., & Bulygin, E. (2021 [1989]). Los límites de la lógica y del razonamiento jurídico. En C. E. Alchourrón & E. Bulygin (Eds.), *Análisis lógico y derecho* (335-358). Madrid: Trotta.

Alexy, R. (1993 [1986]). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Alston, W. P. (2000). *Illocutionary Acts & Sentence Meaning*. Ithaca, N.Y. – London: Cornell University Press.

Atienza, M., & Ruiz Manero, J. (1991). Sobre principios y reglas. *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho* 10, 101-119.

Austin, J. L. (1962). *How to Do Things with Words*. Oxford: Oxford University Press.

Bayón Mohino, J. C. (1991). *La normatividad del derecho: deber jurídico y razones para la acción*. Madrid: Centro de estudios Constitucionales.

Bayón Mohino, J. C. (2000). Derrotabilidad, indeterminación del derecho y positivismo jurídico. *Isonomía* 13, 87-117.

Bayón Mohino, J. C. (2001). ¿Por qué es derrotable el razonamiento jurídico? *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho* 24, 35-62.

Bayón Mohino, J. C. (2009). Epistemología, moral y prueba de los hechos: hacia un enfoque no benthamiano. *Analisi e diritto. Ricerche di giurisprudenza analitica* 2009-2010 (1), 15-34.

Bayón Mohíno, J. C., & Rodríguez, J. (2003). *Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales. El debate Bayón-Rodríguez sobre la derrotabilidad de las normas jurídicas*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Bouvier, H. (2012). *Particularismo y derecho: un abordaje pospositivista en el ámbito práctico*. Madrid: Marcial Pons.

Bulygin, E. (2006). *El positivismo jurídico*. Mexico: Distribuciones Fontamara.

Celano, B. (2005). ¿Podemos elegir entre particularismo y universalismo? *Discusiones* (5), 101-128.

Dancy, J. (1992). *Moral Reasons*. Oxford, UK & Cambridge, USA: Blackwell.

Dei Vecchi, D. (2014). Acerca de la fuerza de los enunciados probatorios: El salto constitutivo. *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho* 34, 237-261.

Dei Vecchi, D. (2018). *Problemas probatorios perennes*. México: Fontamara.

Dei Vecchi, D. (2020). *Los confines pragmáticos del razonamiento probatorio*. Lima – México: Zela.

Dworkin, R. (1967). The Model of Rules. *The University of Chicago Law Review* 35 (1), 14-46.

Dworkin, R. (1978). *Taking Rights Seriously*. London: Duckworth.

Ferrer Beltrán, J. (2001). 'Está probado que p'. En L. Triolo (Ed.), *Prassi giuridica e controllo di razionalità* (73-96). Torino: G. Giappichelli.

Ferrer Beltrán, J. (2002). *Prueba y verdad en el derecho*. Madrid: Marcial Pons.

Ferrer Beltrán, J. (2007). *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.

Ferrer Beltrán, J. (2011). La valoración de la prueba: verdad de los enunciados probatorios y justificación de la decisión. En J. Ferrer Beltrán, M. Gascón, D. González Lagier, & M. Taruffo (Eds.), *Estudios sobre la prueba* (15-59). México: Fontamara.

Ferrer Beltrán, J. (2013). Sobre el relativismo moral y la justificación de la democracia: victorias pírricas y malos argumentos. *Teoria politica* Annali 3, 301-309.

Ferrer Beltrán, J. (2018). Prolegómenos para una teoría sobre los estándares de prueba. El test case de la responsabilidad del Estado por prisión preventiva errónea. En D. M. Papayannis & E. Pereira Fredes (Eds.), *Filosofía del derecho privado (en prensa)* (401-430). Madrid-Barcelona-Sao Paolo-Buenos Aires: Marcial Pons.

Ferrer Beltrán, J. (2021). *Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso*. Madrid [etc.]: Marcial Pons.

Ferrer Beltrán, J., & González Lagier, D. (2003). Introducción. *Discusiones* (3), 7-12.

Geach, P. T. (1965). Assertion. *Philosophical Review* 74 (4), 449-465.

Goldman, A. I. (2013). ¿Qué es una creencia justificada? En C. L. García, Á. Eraña, & P. King Dávalos (Eds.), *Teorías contemporáneas de la justificación epistémica* (199-231). México: UNAM.

González Lagier, D. (2013 [2001]). *Las paradojas de la acción*. Madrid – Barcelona – Buenos Aires – Sao Paolo: Marcial Pons.

González Lagier, D. (2020a). Prueba y argumentación ¿Es posible formular un estándar de prueba preciso y objetivo? Algunas dudas desde un enfoque argumentativo de la prueba. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho* (23), 79-97.

González Lagier, D. (2020b). What is Foundherentism, and what can it contribute to the Theory of Evidence in The Law? *COSMOS + TAXIS: Studies in Emergent Order and Organization* (8:4+5/6+7)

Guastini, R. (2004). *L'interpretazione dei documenti normativi*. Milano: Giuffrè.

Guastini, R. (2008). *Nuovi studi sull'interpretazione*. Roma: Aracne.

Guastini, R. (2011). *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè.

Guastini, R. (2013a). Esistenza empirica di norme. En R. Guastini (Ed.), *Distinguendo ancora* (145-152). Madrid – Barcelona – Buenos Aires – Sao Paolo: Marcial Pons.

Guastini, R. (2013b). Il realismo giuridico ridefinito. En R. Guastini (Ed.), *Distinguendo ancora* (165-179). Madrid – Barcelona – Buenos Aires – Sao Paolo: Marcial Pons.

Guastini, R. (2018). *Filosofía del derecho positivo. Manual de teoría del Derecho en el Estado Constitucional*. Lima: Palestra.

Haack, S. (2009 [1993]). *Evidence and Inquiry. A Pragmatist Reconstruction of Epistemology*. Amherst, N.Y.: Prometheus Books.

Haack, S. (2014). Belief in Naturalism: An Epistemologist's Philosophy of Mind. En L. Kwiatek, B. Brozek, & J. Stelmach (Eds.), *The Normative Mind* (229-249). Poland: Copernicus Center Pr.

Hart, H. L. A. (1982). Commands and Authoritative Legal Reasons. En H. L. A. Hart (Ed.), *Essays on Bentham: Studies in Jurisprudence and Political Theory* (243-268). Oxford: Clarendon.

Laurence, S., & Margolis, E. (1999). Concepts and Cognitive Science. En S. Laurence & E. Margolis (Eds.), *Concepts. Core Readings* (4-81). London: The MIT Press.

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

Montmarquet, J. A. (2007). «Pure» versus «Practical» Epistemic Justification. *Metaphilosophy* 38 (1), 71-87.

Pérez Barberá, G. (2020). Prueba legítima y verdad en el proceso penal I (en prensa). *Isonomía* (52)

Rapetti, P. A. (2019). *Desacuerdos en el derecho y positivismo jurídico*. Madrid [etc.]: Marcial Pons.

Raz, J. (1993). H. L. A. Hart (1907-1992). *Utilitas* 5 (02), 145-156.

Raz, J. (1998). The Purity of the Pure Theory. En S. L. E. Paulson (Ed.), *Normativity and Norms: Critical Perspectives on Kelsenian Themes* (237-252). Oxford: Clarendon.

Redondo, M. C. (2005). Razones y normas. *Discusiones* (5), 29-66.

Redondo, M. C. (2018). *Positivismo jurídico «interno»*. Kranj Klub Revus.

Rodríguez, J. L. (2002). *Lógica de los sistemas juridicos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Rodríguez, J. L. (2005). Introducción. Normas y razones: aspectos lógicos y sustantivos. *Discusiones* (5), 9-27.

Rodríguez, J. L. (2021). *Teoría analítica del derecho*. Madrid: Marcial Pons.

Rodríguez, J. L., & Sucar, G. (1998). Las trampas de la derrotabilidad. Niveles de análisis de la indeterminación del derecho. *Doxa: cuadernos de filosofía del derecho* 21 vol. II, 403-420.

Sbisà, M. (2009). Assertion among the Speech Acts. En S. Goldberg (Ed.), *The Oxford Handbook on Assertion (forthcoming)*. Oxford: Oxford University Press.

Searle, J. R. (1968). Austin on Locutionary and Illocutionary Acts. *The Philosophical Review* 77 (4), 405-424.

Searle, J. R. (1969). *Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language*. Cambridge: Cambridge University Press.

Searle, J. R. (1995). *The Construction of Social Reality*. New York: The Free Press.

Silk, A. (2019). Evaluational Adjectives. *Philosophy and Phenomenological Research*

Stalnaker, R. (1978). Assertion. *Syntax and Semantics (New York Academic Press)* 9, 315-332.

Strawson, P. F. (1962). Freedom and Resentment. En G. Watson (Ed.), *Proceedings of the British Academy, Volume 48* (1-25): Oxford University Press.

Toh, K. (2005). Hart's Expressivism and his Benthamite Project. *Legal Theory* 11 (02), 75-123.

Toh, K. (2007). Raz on Detachment, Acceptance and Describability. *Oxford Journal of Legal Studies* 27 (3), 403-427.

Toh, K. (2015). Erratum to: Four Neglected Prescriptions of Hartian Legal Philosophy. *Law and Philosophy* 34 (3), 333-368.

EN TORNO A LAS NORMAS

Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, (2022), *45*
e-ISSN: 2386-4702 | ISSN: 0214-8676

Normas regulativas y normas constitutivas en el derecho. Ontología, interpretación y cultura jurídica

Regulative Norms and Constitutive Norms in Law. Ontology, Interpretation and Legal Culture

María Beatriz Arriagada*

Autor:
María Beatriz Arriagada
Universidad Diego Portales, Chile
Maria.arriagada@udp.cl
https://orcid.org/0000-0002-0809-4510

Recibido: 7-12-2020
Aceptado: 2-2-2021

Citar como:
Arriagada, María Beatriz (2022). Normas regulativas y normas constitutivas en el derecho. Ontología, interpretación y cultura jurídica. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, *45*, pp. 377-410. https://doi.org/10.14198/DOXA2022.45.13

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

María Beatriz Arriagada

Resumen

El objetivo de este trabajo es discutir si la conocida distinción entre normas jurídicas regulativas y constitutivas presupone una tesis ontológica descriptiva según la cual en los ordenamientos jurídicos existen normas regulativas y normas constitutivas. La cuestión es relevante porque, si bien se trata de una distinción teórica en el sentido obvio de que ha sido introducida y perfeccionada por teóricos del derecho y es usada por ellos con fines explicativos, de ello no se sigue que sea una mera estipulación. Luego de mostrar que la diferencia ontológica presupuesta en esta distinción ha sido esbozada, aunque no tematizada por Hart, Ross y Alchourrón y Bulygin y de descartar la plausibilidad de tematizarla exclusivamente como un problema de interpretación de textos normativos, argumentaré que la cultura jurídica de los especialistas del derecho es la pieza que permite explicitar la conexión que existe entre las prácticas interpretativas en el derecho, la existencia de normas regulativas y constitutivas y el discurso de los teóricos del derecho. El objetivo propuesto forma parte de uno más amplio: discutir una vez más, pero desde un nuevo ángulo, el papel que, en el conocimiento del derecho, toca a la teoría del derecho.

Palabras clave: tipos de normas jurídicas, ontología de las normas jurídicas, prácticas interpretativas en el derecho

Abstract

The aim of this work is to discuss whether the well-known distinction between regulative and constitutive

* Este trabajo corresponde a resultados del proyecto financiado por el Fondo Nacional de Desarrollo Científico y Tecnológico, FONDECYT regular N.º1200549 «La clausura de los sistemas de normas jurídicas de competencia». Agradezco las observaciones que a un borrador de este trabajo realizaron Seren Ataoglu, Pierluigi Chiassoni, Daniel González Lagier, Riccardo Guastini, Loreto Navarro, Juan Pablo Mañalich, Álvaro Núñez, Francisco Pino, Cristina Redondo, Jorge Rodríguez, Matías Villalón, Diego Villegas y dos evaluadores anónimos.

legal norms presupposes a descriptive ontological thesis according to which there are regulative and constitutive norms in legal systems. The matter is relevant because, although it's a theoretical distinction in the obvious sense that it has been introduced and refined by legal theorists and is used by them for explanatory purposes, it does not follow that it's a mere stipulation. After showing that the ontological difference presupposed in this distinction has been outlined, although not thematized by Hart, Ross and Alchourrón & Bulygin, and discarding the plausibility of thematizing it exclusively as a problem of interpretation of normative texts, I will argue that the legal culture of legal specialists is the piece that makes possible to explicit the connection that exists between interpretive practices in law, the existence of regulative and constitutive norms and the discourse of legal theorists. The proposed objective is part of a broader one: to discuss once again, but from a new angle, the role that in the knowledge of law, plays the theory of law.

Keywords: types of legal norms, ontology of legal norms, interpretive practices in law.

INTRODUCCIÓN

A Riccardo Guastini le parece evidente que las tesis ontológicas no son ni verdaderas ni falsas. Se inclina por pensar que todas las asunciones ontológicas son (reducibles a) una estipulación:

> «Me parece, en otras palabras, que 'introducir (o admitir en el mundo)' una entidad no es lógicamente diverso que introducir en el discurso el concepto que sirve para describirla (o al menos para hablar de ella); y que, simétricamente, 'excluir del mundo' una entidad no es lógicamente diverso de excluir del discurso el concepto que sería necesario (o que otros consideran necesario) para describirla. Con lo que, si como creo, las tesis ontológicas no son verdaderas ni falsas, entonces parece obvio que cada tesis ontológica debe ser evaluada de acuerdo con su utilidad heurística en el contexto científico que le es propio, es decir, a la luz de un fin científico determinado(…) Por esta razón, creo que, en materia de ontología, conviene no ser 'dogmático', sino 'ecléctico': admitiendo de este modo asunciones ontológicas diversas en diversos contextos de investigación. Por lo que, en mi opinión, es oportuno distinguir el contexto de la teoría del derecho, en el que se analiza la 'naturaleza' del derecho en cuanto tal, haciendo abstracción de los fenómenos de la interpretación y la aplicación, del contexto de la teoría de la interpretación (y de la aplicación), en la que se analizan las operaciones intelectuales de los juristas y de los jueces»[1].

Con base en lo anterior, afirma que, en el contexto de la teoría del derecho, se puede decir que una norma es un enunciado del lenguaje prescriptivo. En el contexto de la teoría de la interpretación (y de la aplicación), sería, en cambio, necesario concebir a las normas como significados o enunciados interpretados[2].

Estas afirmaciones configuran un escenario apropiado para el objetivo de este trabajo: discutir si la distinción entre normas jurídicas regulativas y constitutivas presupone

1. Guastini, 2008:26-27.
2. Guastini, 2008: 27.

una tesis ontológica descriptiva y, por tanto, con valor veritativo según la cual en los ordenamientos jurídicos existen normas regulativas y normas constitutivas.

La cuestión es relevante porque, si bien se trata de una distinción teórica en el sentido obvio de que ha sido introducida y perfeccionada por teóricos del derecho y es usada por ellos con fines explicativos, de ello no se sigue que sea una mera estipulación. Si la introducción y uso de esta distinción en el discurso teórico-jurídico capta una distinción que al menos está implícita en las creencias, actitudes y comportamientos de cuya existencia depende la existencia de los ordenamientos jurídicos[3], hay preguntas ontológicas que requieren respuesta: ¿Qué significa afirmar que en tales ordenamientos existen normas regulativas y normas constitutivas? ¿Son dos tipos de entidades diferentes?, ¿Son diferentes sus condiciones de existencia?[4].

Las discusiones teóricas sobre la ontología de las normas jurídicas no ofrecen una respuesta a estas preguntas. Los teóricos del derecho que han introducido la distinción entre normas regulativas y constitutivas y destacado sus diferencias estructurales y funcionales tampoco ofrecen respuestas. Al considerar que unas y otras normas son subsumibles bajo el campo de aplicación de un determinado concepto de «norma», no es claro qué significa que en los ordenamientos jurídicos existen normas regulativas y constitutivas.

Discutir si la introducción y uso de esta distinción presupone una tesis ontológica descriptiva que afirma que tales normas existen es, por tanto, un objetivo que forma parte del objetivo más amplio de discutir el papel que, en el conocimiento del derecho, toca a la teoría del derecho. La perspectiva propuesta permitirá revisitar este asunto desde un nuevo ángulo.

Para cumplir este objetivo procederé en tres pasos: (1) Me referiré brevemente al modo en que la distinción entre normas jurídicas regulativas y constitutivas ha sido introducida por la teoría jurídica analítica y a la importancia que ha tenido como herramienta explicativa; (2) Mostraré que los teóricos que han introducido esta distinción han esbozado su relevancia ontológica, pero sin tematizarla en términos que permitan responder a las preguntas de si las normas jurídicas regulativas y constitutivas son dos tipos de entidades diferentes y si son diferentes sus condiciones de existencia. Además, evidenciaré que esta distinción ha sido completamente ignorada en las discusiones ulteriores sobre la ontología de las normas jurídicas. (3) Exploraré la posibilidad de que la relevancia ontológica de esta distinción sea tematizada como un problema de interpretación de textos normativos y argumentaré que la cultura jurídica de los especialistas del derecho es la pieza que permite explicitar la conexión que existe entre las prácticas

3. Sobre la relevancia ontológica de este 'punto de vista interno', ver Redondo, 2018: capítulo V.

4. La formulación de estas preguntas presupone haber respondido las preguntas más primitivas ¿Qué significa que existe un ordenamiento jurídico? y si este existe como un conjunto, ¿Qué significa que existe un conjunto? Aquí se asume que la existencia de los conjuntos de normas que llamamos ordenamientos jurídicos depende de actos humanos. Para una excelente reconstrucción de las discusiones sobre la identificación del derecho a la luz de la teoría de conjuntos, ver Ratti, 2013, capítulo XI.

interpretativas en el derecho, la existencia de normas regulativas y constitutivas y el discurso teórico-jurídico que ha introducido, perfeccionado y utilizado la distinción de estos dos tipos de normas.

1. DOS *TIPOS* DE NORMAS EN LA TEORÍA ANALÍTICA DEL DERECHO

Cuando la filosofía/teoría analítica del derecho analiza los conceptos que son usados o presupuestos en los discursos jurídicos especializados[5] cumple los mismos dos objetivos que se atribuyen a la filosofía analítica de las ciencias, pero respecto de aquellos discursos especializados: (i) depurarlos de sus defectos con el objetivo de mejorar su terminología y sus aparatos conceptuales y (ii) explicitar lo que está implícito con propósitos reconstructivos/explicativos[6].

El primer objetivo es subrayado cuando se afirma, por ejemplo: (i) el oficio del teórico analítico consiste en (el intento de) proveer a los juristas, legisladores y sociólogos de aparatos conceptuales útiles para indagar sobre la experiencia jurídica, comprenderla mejor y operar más eficazmente en ella[7]; y (ii) la filosofía del derecho es una empresa eminente y meramente conceptual que consiste principalmente en modelar, no el derecho, sino los conceptos utilizados para describirlo[8].

El segundo objetivo es destacado cuando se dice, por ejemplo: (i) la teoría general del derecho debe asumir el desafío de proveer una reconstrucción conceptual de las instituciones jurídicas que resulte suficientemente explicativa de las más corrientes intuiciones de los operadores del derecho y, a la vez, adecuada para que pueda resultarles de utilidad en su práctica cotidiana[9]; y (ii) el propósito de la teoría analítica del derecho es explicativo porque, sin apartarse del modo en que la práctica es comprendida por sus participantes, debe poder decir algo sobre la práctica que estos participantes son incapaces de articular, pero que reconocerían si fuesen advertidos[10]; (iii) la tarea de la filosofía jurídica es esclarecer el aparato conceptual y los métodos de la ciencia del derecho[11].

5. Cfr. Ross, 2005 [1958]: 23-27; Bix, 2006 [2004]: 168 y Guastini, 1999a [1996]: 22-23.
6. Estos dos objetivos coinciden con los que Berlin atribuye a la filosofía: reformular preguntas para que puedan ser respondidas por disciplinas empíricas o formales y explicitar los conceptos, categorías y modelos que condicionan el pensamiento y el modo en que es comprendida y clasificada la experiencia. Los mismos dos objetivos aparecen en las dos concepciones de la filosofía identificadas por Winch; en la distinción entre filosofía del lenguaje ideal y filosofía del lenguaje ordinario subrayada, por ejemplo, por Von Wright y por Glock; y en las dos analogías usadas por Strawson para explicar el análisis conceptual de los filósofos analíticos. Cfr. Berlin, 2017 [1947]; Winch 2011 [1958]: 11-46; Von Wright, 1979 [1971]: 28-29; Glock, 2012 [2008]: 61-67 y Strawson, 1997 [1992]: 43-60.
7. Chiassoni, 2012 [2011]: 213-214.
8. Se añade que los conceptos son modelados mediante definiciones estipulativas y redefiniciones Guastini, 2014b [2013]: 89-90. Esto es parte de lo que quiero discutir.
9. Orunesu, Rodríguez y Sucar, 2001: 11. En el mismo sentido, Alchourrón y Bulygin, 1971: 29-30 y Carrió, 1991: 12-13.
10. Bix, 2006 [2004]: 169.
11. Bulygin, 1991b [1980]: 380. En el mismo sentido, Ross, 2005 [1958]: 48-49.

Buena parte del empuje de esta disciplina se orienta a combatir representaciones deformadas de los ordenamientos jurídicos. En esta clave pueden ser leídos los esfuerzos dirigidos a que aquellos sean representados como conjuntos de normas de diferentes tipos o como conjuntos de normas en diferentes sentidos.

Es sabido que Von Wright procura identificar y caracterizar los principales significados de la palabra «norma», aun cuando pueda hablarse de *especies* o *tipos* de normas. Entre ellas son especialmente importantes las normas que prescriben o regulan (obligan, prohíben o permiten) conductas y las normas que, en cambio, definen diversas prácticas o instituciones sociales al determinar los patrones para realizar (correctamente) determinadas actividades[12].

La teoría jurídica analítica ha mostrado la importancia de esta distinción en el derecho destacando que, entre estos dos tipos de normas, hay diferencias estructurales y funcionales. Hart, incluso antes de Von Wright, distingue, en primer lugar, reglas que imponen obligaciones y reglas que confieren potestades y, en segundo lugar, reglas primarias y reglas secundarias[13]. Ross distingue reglas regulativas y reglas constitutivas[14]. Alchourrón y Bulygin distinguen reglas de conducta y definiciones o reglas conceptuales[15]. En extrema síntesis, las normas regulativas califican deónticamente conductas cuya existencia es independiente de tales normas. Las normas constitutivas definen conductas (como usar expresiones del legislador, interpretar formulaciones normativas, considerar como constituidos determinados resultados institucionales y producir normas) cuya existencia es dependiente de tales normas[16].

Esta distinción ha tenido una importancia difícil de exagerar. No solamente es usada para explicar los componentes del derecho en términos generales[17], sino también el funcionamiento de diversas instituciones jurídicas, como las normas de competencia[18], las

12. Von Wright, 1970 [1963]: 21, 26-27; 1979 [1971]: 177-179. Una distinción más conocida, pero menos clara puede verse en Searle, 1964; 2007 [1969]; 1997 [1995]; 2018. Para un notable análisis crítico y refinamiento de esta distinción ver Orunesu y Rodríguez, 2021.
13. Hart, 2009 [1961]: 34-53 y 99-123.
14. Ross, 2000 [1968]: 68-72, 124 y 167 y ss.
15. Alchourrón y Bulygin, 1991b [1983] y Bulygin, 1991a [1976] y 1991e [1992].
16. Dejo de lado el significado de constitutividad según el cual todas las normas son constitutivas. Carcaterra, 2014 [1974]: 126 y ss y 1979, capítulo 4. También dejo de lado la cuestión de si toda norma tiene, a la vez, una función: (i) regulativa en el sentido amplio de ser un parámetro de evaluación o corrección del comportamiento, y (ii) constitutiva en el sentido amplio de que hace posible nuevos tipos acciones o descripciones de acciones, cuando menos la acción seguir la norma y la de no seguirla. Redondo, 2021. Sobre lo primero, Narváez, 2004: 187-190. Sobre lo segundo, González Lagier, 1993 y 1995: 259-263.
17. Cfr. Atienza y Ruiz Manero, 2004; Moreso y Vilajosana, 2004: 65 y ss; Guastini, 2016 [2014]: 49-74.
18. Un resumen de diversas formas de entender las normas de competencia puede verse en Bulygin, 1991d [1992]: 487-492 y Moreso y Vilajosana, 2004: 83-86. Sobre las normas de competencia como una especie de las normas constitutivas ver Bulygin, 1991e [1992] y Ferrer, 2000. Para una crítica, Arriagada, 2017.

normas constitucionales[19], los derechos fundamentales[20] y los precedentes judiciales[21]. Los teóricos que usan esta distinción con estos fines explicativos afirman o al menos presuponen que las normas regulativas y constitutivas forman parte del derecho y de las instituciones jurídicas explicadas.

2. *TIPOS* DE NORMAS Y ONTOLOGÍA DE LAS NORMAS

La elección de un cierto concepto de norma y, por tanto, de las propiedades definitorias del subconjunto integrado por «normas jurídicas» determina, según Caracciolo, una cierta ontología: el tipo de entidades que son las normas, su modo de existencia y sus condiciones de existencia[22].

¿Qué significa que la elección de un cierto concepto de norma determina una cierta ontología? ¿Significa, como propone Guastini, que al introducir en el discurso el concepto que sirve para describir o hablar de una entidad, se introduce dicha entidad en el mundo? La respuesta es afirmativa si, como afirma Caracciolo, el marco lingüístico conceptual de la teoría jurídica que discute la verdad o falsedad de enunciados sobre la existencia de una determinada norma asume un compromiso ontológico básico en el sentido de Quine acerca de la existencia de ciertas entidades denominadas «normas»[23]. Según Quine, una teoría está comprometida solamente con aquellas entidades a las cuales tienen que referirse las variables ligadas o de cuantificación de la teoría para que sus afirmaciones sean verdaderas[24].

El asunto es, sin embargo, menos simple de lo que parece. En primer lugar, porque el compromiso de teorías como las de Hart, Ross y Alchourrón y Bulygin tendría que ser con la existencia de normas regulativas y normas constitutivas. Como sostiene el mismo Quine, no podemos saber qué es una cosa sin saber cómo está delimitada de las demás cosas, de modo que la identidad es una cosa con la ontología[25]. En segundo lugar, porque mi objetivo es precisamente indagar si el 'compromiso ontológico' que podría atribuirse a teorías como las señaladas tiene sustento en una tesis descriptiva no explicitada que sería verificable a partir de los comportamientos, creencias y actitudes de cuya existencia depende la existencia de los ordenamientos jurídicos.

Asumiendo que se trata de dos *especies* o *tipos* de normas, Hart, Ross y Alchourrón y Bulygin rechazan dos tipos de reduccionismo ontológico[26]: (i) al asumir que ambas son normas, aceptan que estas no son reducibles a entidades empíricas y (ii) insisten en

19. Por ejemplo, Ruiz Manero, 2007; Orunesu y Rodríguez, 2021.
20. Por ejemplo, Arriagada, 2015a, 2015b y 2015c.
21. Por ejemplo, Núñez, 2018 y 2021; Arriagada, 2021b.
22. Caracciolo, 1997: 159.
23. Caracciolo, 1997: 159.
24. Quine, 1980 [1948]: 13-14.
25. Quine, 1974 [1969]: 76.
26. Agradezco a Cristina Redondo haber llamado mi atención sobre la necesidad de realizar esta distinción.

que las normas regulativas y constitutivas son (estructural y funcionalmente) diferentes y excluyentes.

Esta insistencia admite ser entendida como una reconstrucción conceptual o análisis lógico de los discursos de los emisores y destinatarios de las normas y de los juristas. Pero si la distinción presupone que entre estos dos tipos de normas hay una diferencia ontológica, ella no es tematizada en términos que permitan responder las preguntas de si se trata de dos tipos de entidades diferentes y si son diferentes sus condiciones de existencia. Parte de mi objetivo es contribuir a llenar este vacío.

2.1. La ontología de las normas en Hart

Hart procura demostrar que reducir las diferentes reglas jurídicas a una forma única deforma las diferentes funciones sociales que ellas cumplen y que, en la combinación de dos tipos de reglas se encuentra la clave para elucidar los conceptos que constituyen la estructura del pensamiento jurídico[27]. Mientras las reglas primarias imponen deberes, las reglas secundarias definen las condiciones de validez de actos jurídicos normativos y los criterios últimos de validez de los sistemas jurídicos[28]. Este esfuerzo contrasta con un tratamiento predominantemente uniforme de las cuestiones ontológicas.

Hart destaca que en el derecho hay reglas de tipos muy diferentes que pueden tener relaciones muy distintas con la conducta a que se refieren: algunas exigen que la gente se comporte de ciertas maneras y otras especifican lo que la gente debe hacer para llevar a la práctica sus deseos. En este contexto, destaca la amplia divergencia de opinión sobre qué significa afirmar que una regla existe, problema que, al parecer, identifica con el de la noción de regla[29].

La muy conocida tesis de Hart, válida para los dos tipos de reglas, es que para poder afirmar que una regla social existe deben darse dos condiciones: (i) una conducta regular y uniforme de la mayor parte de los miembros del grupo que cualquier observador externo podría registrar (aspecto externo) y (ii) los miembros del grupo tienen que ver en la conducta de que se trata una pauta, criterio o modelo general de comportamiento a ser seguido por el grupo como un todo (aspecto interno)[30].

El aspecto interno de las reglas es definido como una actitud crítica reflexiva que se refleja en exigencias de conformidad, críticas frente a quienes se desvían de la pauta y reconocimiento de que tales exigencias y críticas están justificadas, todo lo cual tendría una expresión característica en la terminología normativa del «deber», «tener que» o «correcto». Esta definición es ilustrada aludiendo a la actitud que los jugadores del

27. Hart, 2009 [1961]: 34-52 y capítulo V.
28. Que la regla de reconocimiento sea «secundaria» permite discutir que la distinción «reglas primarias y reglas secundarias» sea igual a la de «reglas que imponen obligaciones y reglas que confieren potestades». Cfr. Ferrer, 2000: 79-80 y Vilajosana, 2010: 104-105.
29. Hart, 2009 [1961]: 10-11.
30. Hart, 2009 [1961]: 71.

ajedrez tendrían frente a las reglas de este juego. El tema es retomado cuando se intenta precisar el significado de los enunciados de obligación. Tras descartar la plausibilidad de las interpretaciones psicologista y predictivista de tales enunciados, Hart afirma que estos implican la existencia de una regla y que su función distintiva es expresar que el caso de una persona particular cae bajo la regla[31].

Hasta aquí pareciera que todas las reglas son pautas generales de conducta aplicables a casos particulares que comparten las mismas condiciones de existencia. Pero Hart no demora en evidenciar diferencias que podrían ser tematizadas en términos ontológicos:

> «El enunciado de que alguien tiene o está sometido a una obligación, implica sin duda alguna la existencia de una regla; sin embargo, no siempre es el caso que cuando existen reglas, la conducta requerida por ellas es *concebida* en términos de obligación. 'El debía' ('he ought to have') y 'él tenía la obligación' ('he had an obligation to') no son siempre expresiones intercambiables, aun cuando *ambas coincidan en comportar una referencia implícita a pautas o criterios de conducta existentes, o son usadas para extraer conclusiones, en casos particulares, a partir de una regla general*. Las reglas de etiqueta o del habla correcta *son ciertamente reglas* (…) se las enseña y se hacen esfuerzos para preservarlas; son usadas para criticar nuestra conducta y la conducta ajena mediante el característico vocabulario normativo (…) Pero usar, en conexión con reglas de este tipo, las palabras 'obligación' o 'deber', sería engañoso o equívoco y no simplemente anómalo desde un punto de vista estilístico (…)»[32].

Lo que primariamente distinguiría a las reglas que imponen obligaciones sería que la exigencia general en favor de su conformidad es insistente y la presión social ejercida sobre quienes se desvían o amenazan con hacerlo es seria:[33].

> «Lo que vale la pena destacar es que la insistencia en la importancia o *seriedad* de la presión social que se encuentra tras las reglas es el factor primordial que determina que ellas sean *concebidas* como dando origen a obligaciones. Otras dos características van naturalmente unidas a esta característica primaria de las reglas de obligación. Las reglas sustentadas por esta presión social seria *son reputadas* importantes porque se las cree necesarias para la preservación de la vida social o de algún aspecto de ella al que se le atribuye gran valor (…). En segundo lugar, *se reconoce* generalmente que la conducta exigida por estas reglas, aunque sea beneficiosa para otros, puede hallarse en conflicto con lo que la persona que tiene el deber desea hacer. De ahí que *se piensa* que las obligaciones y deberes característicamente implican sacrificio o renuncia (…)»[34].

La introducción en la sociedad de reglas que habilitan a los legisladores para reformar y crear reglas de deber y a los jueces para determinar cuando estas han sido transgredidas sería un avance tan importante que podría considerarse el paso desde el mundo prejurídico al jurídico[35]:

31. Hart, 2009 [1961]: 71-72, 102-107 y 110.
32. Hart, 2009 [1961]: 107. Cursivas mías.
33. Hart, 2009 [1961]: 107-110.
34. Hart, 2009 [1961]: 108-109. Las cursivas a partir de las segundas son mías.
35. Hart, 2009 [1961]: 52-53.

> «Las reglas que confieren potestades privadas, *para ser entendidas*, *tienen que ser consideradas desde el punto de vista de quienes ejercen dichas potestades* (…) la posesión de estas potestades jurídicas hace que el ciudadano particular, se convierta en legislador privado (…) Las reglas que confieren potestades son *concebidas, aludidas y usadas en la vida social* en forma diferente de las reglas que imponen deberes y *se las valora por razones diferentes*. *¿Qué otras pruebas podrían aportarse para demostrar la diferencia de carácter?* (…) Quienes ejercen esas potestades [legislativas y judiciales] para dictar medidas y órdenes dotadas de autoridad, *usan estas reglas en una forma de actividad, guiada por un propósito, que difiere totalmente del cumplimiento de deberes o de la sumisión al control coercitivo*»[36].

Las reglas de cada uno de los tipos no son presentadas como dos tipos de entidades diferentes (ambas son pautas generales de conducta aplicables a casos particulares) ni se explicitan diferencias respecto de sus condiciones de existencia (la existencia de unas y otras depende de la actitud crítica reflexiva de quienes las usan). Sin embargo, la insistencia de Hart en que ellas son (estructural y funcionalmente) diferentes y recíprocamente irreductibles, admite ser entendida como una reconstrucción conceptual o análisis lógico del discurso jurídico de los destinatarios de las reglas, quienes *conciben, reputan, reconocen, piensan, aluden, usan y valoran de diferente modo las reglas de uno y otro tipo*. Pero si la distinción de estos tipos de reglas presupone una diferencia ontológica, ella debiera poder tematizarse en términos que permitan responder las preguntas de si son dos tipos de entidades diferentes y si son diferentes sus condiciones de existencia.

2.2. La ontología de las normas en Ross

De acuerdo con Ross, las reglas regulativas prescriben conductas cuya ejecución es lógicamente independiente de tales reglas, mientras las reglas constitutivas definen las condiciones lógicamente necesarias para realizar conductas institucionales que no tienen significado ni propósito fuera de tales reglas[37]. Esta diferenciación contrasta con la homogeneidad con la que son tratadas las cuestiones ontológicas.

Una norma es, según Ross, un directivo que se encuentra en una relación de correspondencia con ciertos hechos sociales. Esta definición daría sentido a dos clases de usos corrientes y fundamentales de la noción de «norma»: (i) al definirse como un directivo (en el sentido de un contenido significativo), se daría sentido al uso según el cual una norma puede ser seguida o cumplida, sentida como obligatoria y estar relacionada con otras normas con las cuales constituya un sistema; y (ii) al exigirse la correspondencia con ciertos hechos sociales, se daría sentido al uso según el cual las normas puedan existir realmente (tener vigencia) y que los enunciados a ese efecto formen parte de la descripción de las sociedades[38].

36. Hart, 2009 [1961]: 52. Cursivas mías.
37. Ross, 2000 [1968]: 68-69.
38. Ross, 2000 [1968]: 101-107.

Un directivo es una idea-acción concebida como forma de conducta. Lo que distinguiría a un directivo de una proposición es el operador que indica precisamente que la idea acción es presentada como una forma de conducta y no pensada como real. Aunque lo distintivo del discurso directivo se reflejaría en todos los niveles del análisis lingüístico, la distinción más fundamental sería a nivel semántico porque el contenido significativo de los directivos es siempre una idea-acción presentada y concebida como una forma de conducta y no pensada como real. Esto condicionaría una diferenciación pragmática[39]. A nivel gramatical, la cuestión sería menos clara porque diversas formas lingüísticas podrían expresar el mismo directivo y viceversa[40].

A juicio de Ross, la expresión lingüística presenta al oyente una idea-acción y la situación suministra el ímpetu para actuar de acuerdo con la idea-acción que carece de fuerza motivadora propia. Si el receptor resulta motivado, la idea-acción –que varía según el tipo de directivo– le diría como actuar. Los diferentes directivos solo podrían distinguirse discriminando las situaciones en que se producen y el trasfondo de factores que constituyen las fuentes de efectividad localizadas en tales situaciones. Dependiendo de la situación y trasfondo mencionados, se usarían diferentes expresiones reforzadas por medios de expresión no verbales. A causa de esta variedad de intenciones y sus expresiones apenas sería posible formalizar el discurso directivo ordinario[41].

Una norma es, según Ross, un directivo que corresponde a ciertos hechos sociales de tal manera que la forma de conducta expresada en la norma: (i) es seguida en general por los miembros de la sociedad y (ii) es sentida por ellos como obligatoria (válida)[42].

Los elementos de determinan el contenido significativo de las normas serían de dos clases. En primer lugar, están aquellos cuya función es describir la idea acción: (i) el sujeto de la norma, esto es, el agente o agentes que han de comportarse de acuerdo con la idea acción; (ii) la situación en la que ha de seguirse la norma; y (iii) el tema de la norma, esto es, cómo ha de comportarse el sujeto en las condiciones especificadas: la acción u omisión[43].

En segundo lugar, estaría el operador directivo cuya función es indicar que la idea-acción es presentada como una forma de conducta y no que es pensada como real. En contraste con la variedad de intenciones y expresiones asociadas a los directivos en general, la expresión lingüística de las normas sería, en cierta medida, uniforme. Las

39. Creer que la diferencia entre el discurso indicativo y directivo se encuentra solo en el nivel pragmático sería un error porque asumiría que el mismo contenido significativo o proposición puede ser afirmada o mandada. Una proposición que, al enunciar lo que es el caso, puede ser verdadera o falsa, no puede ser mandada porque mandar significa expresar lo que debe ser el caso. La confusión provendría de no advertir la diferencia entre el pensamiento de un tema como real (expresado en una proposición) y la idea de un tema (expresada en una frase). Ross, 2000 [1968]: 45, 89-91 y 93.
40. Ross, 2000 [1968]: 47-48 y 90-91.
41. Ross, 2000 [1968]: 46-47 y 131 y 151.
42. Ross, 2000 [1968]: 106-108 y 120.
43. Ross, 1968: 138.

expresiones y frases deónticas, como 'deber', 'tener que', 'tener derecho a', 'obligación', 'justo' serían especialmente apropiadas para indicar el operador directivo[44].

A juicio de Ross, el análisis de los elementos que determinan el contenido significativo de la norma y, por tanto, la norma misma, debe mantenerse separado de la descripción del trasfondo fáctico de la norma, esto es, las condiciones sociales de las que depende su existencia[45].

En lo que dice relación con aquellas condiciones, y tras descartar las explicaciones sicologista y conductista del sentimiento de validez, Ross desarrolla su tesis de que el derecho puede ser determinado sin ambigüedad como el conjunto de normas seguidas y mantenidas por los órganos estatales (legislativos, judiciales y administrativos). Estas reglas que gobiernan la estructura y funcionamiento de la maquinaria jurídica, en general, no serían impuestas por la fuerza, sino cumplidas voluntariamente en virtud del *sentimiento de validez* que las dotaría de la fuerza de obligar. Su fuente de efectividad sería la lealtad de aquellos órganos a la Constitución y a las instituciones derivadas de esta, junto con las sanciones no violentas de desaprobación y crítica que esta actitud implica, nada de lo cual excluiría la aplicación de sanciones organizadas que es característica del derecho como orden institucional[46].

Cuando Ross conceptualiza las normas jurídicas y analiza sus elementos y condiciones de existencia, la distinción entre las reglas regulativas y las reglas constitutivas brilla por su ausencia. No son presentadas como tipos de entidades diferentes (todas las normas son consideradas directivos) ni se explicitan diferencias en sus condiciones de existencia (la base existencial de todas las normas es el sentimiento de validez de quienes las siguen).

Ello es sorprendente si se tiene en cuenta que reglas tan importantes como las que determinan la estructura y funcionamiento de la maquinaria jurídica, esto es, el conjunto de instituciones a través de las cuales se realizan todos los actos jurídicos y demás acciones que adscribimos al Estado, son principalmente normas de competencia que, para Ross, son una especie de las reglas constitutivas. A juicio de Ross, conocer aquellas reglas sobre la maquinaria jurídica es conocer ya todo acerca de la existencia y contenido del derecho[47].

Que las normas pueden ser de diferentes tipos es algo que aparece incidentalmente cuando Ross examina la posibilidad de formalizar el discurso directivo de las normas. A su parecer, como la base existencial común de todas las normas es el sentimiento de validez, sería posible estilizar el lenguaje normativo introduciendo el término «obligación» como símbolo corriente del operador directivo. Muchas expresiones normativas que emplean términos distintos de obligación expresarían algo distinto de tener una obligación, pero si se admitiese que «obligación» es la categoría única e irreductible,

44. Ross, 2000 [1968]: 138 y 150-151.
45. Ross, Ross, 2000 [1968]: 138.
46. Ross, Ross, 2000 [1968]: 109-121.
47. Ver Ross, 2000 [1968]: 72, 117 y 124.

habría que mostrar cómo tales expresiones pueden ser analizadas en términos de obligación[48]. En este contexto Ross afirma lo siguiente:

> «[P]odemos entonces asumir que *'obligación' es la categoría directiva fundamental en la que cualquier norma puede ser expresada*. En cualquier caso, yo haré de esto mi hipótesis de trabajo. Ello no excluye que se *interprete* el concepto de obligación de forma diferente según el *tipo de norma* en el que aparezca. Es razonable suponer que, en contextos jurídicos, convencionales y morales, se *interpretará* 'obligación' según las *diferentes maneras en que las normas se sienten como válidas*»[49].

Bajo esta óptica, creo que la insistencia de Ross en el diferente modo en que las reglas regulativas y las reglas constitutivas se relacionan con la conducta a la cual se refieren admite ser entendida como una reconstrucción conceptual o análisis lógico del discurso jurídico de quienes siguen las reglas. *Su 'sentimiento de validez' habría de ser diferente según se trate de uno u otro tipo de reglas*, con independencia de que toda norma pueda ser lógicamente reducida a una que impone obligaciones. Pero si la distinción presupone una diferencia ontológica, ella debiera poder tematizarse en términos que permitan responder las preguntas de si son dos tipos de entidades diferentes y si son diferentes sus condiciones de existencia.

2.3. La ontología de las normas en Alchourrón y Bulygin

Según Alchourrón y Bulygin podemos distinguir dos tipos de reglas: las reglas de conducta o normas y las reglas conceptuales o definiciones. Las primeras tienen un carácter prescriptivo o normativo, es decir, ordenan, prohíben o permiten determinadas conductas en determinadas circunstancias. Las segundas, tienen, en cambio, un carácter definicional o conceptual, es decir, se las puede considerar como definiciones de ciertos conceptos. A esta segunda categoría pertenecerían no solamente las definiciones legales, sino también las reglas que definen los requisitos de validez de un acto, documento o norma y, en consecuencia, la 'regla de reconocimiento hartiana' y las llamadas 'normas de competencia'. Estos dos tipos de reglas serían mutuamente excluyentes: ninguna regla podría ser normativa y conceptual al mismo tiempo[50].

Cuando, sin embargo, estos autores enfrentan el problema de la ontología de las normas jurídicas limitan su atención a las reglas de conducta[51]. En ese contexto, distinguen entre: (i) *norma-comunicación*: la situación análoga a la de la comunicación, pero donde lo comunicado no es una aserción, sino una prescripción; (ii) *norma-prescripción*: lo prescrito en un acto de prescribir realizado por un sujeto en una ocasión determinada;

48. Ross, 2000 [1968]: 151-152.
49. Ross, 2000 [1968]: 152. Cursivas mías a partir del primer punto seguido.
50. Bulygin 1991a [1976] y 1991e [1992]; Alchourrón, y Bulygin, 1991b [1983].
51. Alchourrón y Bulygin, 1979: 9-13.

y (iii) *norma-sentido*: el contenido significativo de un posible acto de prescribir; una proposición con sentido normativo o que tiene el sentido de una prescripción[52].

Tras descartar que el concepto de norma-comunicación sea adecuado en contextos jurídicos y concluir que la única condición suficiente y necesaria de la existencia de una norma-prescripción es su promulgación, vuelven sobre la noción de norma-sentido y presentan dos posibles concepciones: (i) la *concepción hilética*, según la cual hay normas-sentido porque lo específicamente normativo se daría ya en el nivel semántico o conceptual; y (ii) la *concepción expresiva*, según la cual, no hay normas en el nivel semántico y, por tanto, normas-sentido, puesto que el elemento normativo o prescriptivo aparecería solo en el nivel pragmático en cuanto estaría ligado al acto lingüístico de prescribir, esto es, al uso prescriptivo que se hace de la oración que expresa una proposición[53].

Para la *concepción hilética*, las normas son entidades parecidas a las proposiciones porque son significados de oraciones normativas. Una oración normativa sería la expresión lingüística de una norma y, por lo mismo, a diferencia de las oraciones descriptivas, tendría sentido prescriptivo. Las normas: (i) serían independientes del lenguaje (su existencia no dependería de expresión lingüística alguna), aunque solo podrían ser expresadas mediante el lenguaje y, (ii) no serían independientes de las proposiciones descriptivas, puesto que al contenido conceptual de las normas pertenecerían dos componentes: una proposición descriptiva y un operador normativo. Para la *concepción expresiva* las normas serían, en cambio, el resultado del uso prescriptivo del lenguaje que no contribuiría al significado o contenido conceptual de las palabras usadas[54].

Posteriormente Bulygin distingue cuatro conceptos de existencia que figurarían en el discurso de los juristas. Se podría afirmar que una norma existe para: (i) describir que está en vigor o es aceptada en un grupo social (existencia fáctica); (ii) describir que pertenece a un sistema de normas (pertenencia); (iii) prescribir que debe ser obedecida y aplicada (validez); y (iv) describir que ha sido formulada por alguien o es una consecuencia lógica de normas formuladas (existencia formal)[55].

Aunque la distinción entre reglas de conducta y reglas conceptuales no ocupa ningún lugar en estas consideraciones ontológicas, podría pensarse que las reglas conceptuales, como las reglas de conducta, son concebibles como contenidos significativos (concepción hilética) o como el resultado de cierto uso del lenguaje (concepción expresiva).

Si de acuerdo con la concepción hilética, las normas son contenidos significativos, podría sostenerse que las normas regulativas y constitutivas son significados distintos, pero esta concepción no puede eludir el problema de si las normas tienen o no valores de verdad. En el primer caso, su verdad o falsedad se determinaría por referencia a

52. Alchourrón y Bulygin, 1979: 13-17 y 37.
53. Alchourrón y Bulygin, 1979: 19-23, 25-35 y 37-41.
54. Alchourrón y Bulygin, 1991a [1981]: 122-124.
55. Bulygin, 1991d [1990]: 508-511; 1991c [1982]: 195-196 y 2006: 98-101.

lo que ocurre en ciertos mundos normativamente ideales. En el segundo caso, no se entendería cómo las normas se diferencian de otras entidades semánticas[56].

Si de acuerdo con la concepción expresiva, las normas son *el resultado* de un uso prescriptivo del lenguaje, la diferencia ontológica entre uno y otro tipo de normas podría situarse en el carácter prescriptivo o constitutivo de los actos lingüísticos cuyo resultado son las normas. Sin embargo, hay al menos un pasaje en el cual Alchourrón y Bulygin dan a entender que, según esta concepción, las normas son actos lingüísticos prescriptivos (hechos empíricos), y no el resultado de tales actos o hechos[57]. Como veremos, la concepción expresiva suele ser entendida de este modo[58].

Con independencia de lo anterior, el único pasaje del cual tengo registro en el cual la distinción entre reglas de conducta y reglas conceptuales parece tener relevancia ontológica forma parte de un trabajo en el cual Bulygin sostiene que las normas de competencia son una especie de las reglas conceptuales:

> «La *idea* de que las normas de competencia son normas permisivas es *difícilmente conciliable con la práctica jurídica*. Si las normas de competencia son permisiones, entonces la prohibición de hacer uso de la competencia otorgada por esas normas generaría una contradicción; sin embargo, *los juristas no dirían* que aquí hay un conflicto o una contradicción entre normas (…) Tales situaciones no son *consideradas* como anómalas; *los juristas las tratan* como perfectamente normales»[59].

Las reglas de conducta y las reglas conceptuales no son entonces presentadas como tipos de entidades diferentes (unas y otras podrían ser consideradas contenidos significativos, resultados de cierto uso del lenguaje o actos lingüísticos normativos) ni se explicitan diferencias en sus condiciones de existencia. Sin embargo, la insistencia de Alchourrón y Bulygin en que ellas son mutuamente excluyentes admite ser entendida como una reconstrucción conceptual o análisis lógico del discurso de los juristas, quienes *consideran y tratan de diferente modo a las reglas de uno y otro tipo.* Pero si la distinción presupone una diferencia ontológica, ella debiera poder tematizarse en términos que permitan responder las preguntas de si son dos tipos de entidades diferentes y de si son diferentes sus condiciones de existencia.

2.4. La irrelevancia de la distinción entre normas regulativas y constitutivas en las discusiones sobre la ontología de las normas jurídicas

Mi objetivo es ilustrar, mediante algunas referencias importantes, que en las discusiones sobre la ontología de las normas jurídicas no se atribuye ninguna relevancia a la

56. Rodríguez, 2021: 95-96.
57. Alchourrón y Bulygin, 1991a [1981]:129. Hay una ambigüedad «proceso-producto» en la caracterización de la concepción expresiva. Rodríguez, 2021: 73, nota N.°74.
58. Sección 2.4
59. Bulygin, 1991e [1992]: 489. Cursivas mías.

distinción entre normas regulativas y constitutivas. La regla es que, en esta materia, el discurso se limite a las normas regulativas[60].

Si se acepta que las normas pueden ser formuladas en un lenguaje, considerar su ontología es, como observa Vilajosana, relevante para diferenciar a las normas de otros tipos de enunciados. Alchourrón y Bulygin habrían descartado que la diferencia pueda establecerse a nivel sintáctico, por lo que habrían explorado la posibilidad de establecerla en el nivel semántico o en el nivel pragmático[61].

Por supuesto, hay quienes suscriben la tesis de que las normas son los enunciados contenidos en las fuentes del derecho[62]. Como destacan Orunesu, Rodríguez y Sucar, pueden distinguirse al menos cuatro diferentes concepciones de las normas desde el punto de vista de su relación con el lenguaje: (i) la *concepción sintáctica* que identifica las normas con enunciados que emplean expresiones deónticas (ii) la *concepción semántica* que entiende a las normas como el significado de las formulaciones normativas; (iii) la *concepción mixta sintáctico-semántica* que concibe a las normas como formulaciones normativas significativas; y (iv) la *concepción pragmática* que identifica a las normas con el resultado del uso prescriptivo del lenguaje[63]. Adviértase que el discurso se circunscribe a las normas regulativas.

El argumento más fuerte para descartar una concepción sintáctica de las normas es que, como observa Black, aunque las normas son enunciadas en oraciones, es absurdo hablar de enunciar una oración en una oración o de adoptar, seguir o violar una oración[64]. Considerando únicamente las concepciones denominadas «semántica» y «pragmática» la discusión más importante es si el problema relativo al tipo de entidad que son las normas y, por tanto, a su modo de existencia, es distinto o al menos parcialmente independiente del problema relativo a sus condiciones de existencia.

Según Caracciolo no hay, como sostiene Bulygin cuatro conceptos de existencia en relación con las normas, sino diversos conceptos de norma. Y cualquier concepto de norma involucra un compromiso con una de dos tesis ontológicas exhaustivas y excluyentes acerca del tipo de entidad que son las normas y sus modos y condiciones posibles de existencia: o bien las normas son entidades abstractas cuya existencia ideal no depende de la ocurrencia de ningún hecho, o bien son entidades empíricas cuya existencia temporal y espacial depende de la ocurrencia de hechos. Pese a ello, los teóricos jurídicos estarían dispuestos a mantener simultáneamente dos tesis sobre la existencia de las normas que son ontológicamente incompatibles: (i) una condición necesaria de la existencia de una norma es su pertenencia a un determinado sistema

60. Una excepción puede encontrarse en Moreso y Vilajosana, quienes mencionan la distinción, pero luego afirman sin ulteriores aclaraciones que, en materia de ontología, lo que vale para las normas regulativas vale también para las normas constitutivas. Ver Moreso y Vilajosana, 2004: 66 y 70.
61. Vilajosana, 2004: 36.
62. Por ejemplo, Hernández Marín, 2012: 38 y ss;
63. Orunesu, Rodríguez y Sucar, 2001: 21.
64. Black, 1962: 95-101.

normativo (entendido este como un conjunto que se determina por relaciones entre sus componentes) y (ii) la existencia de una norma es una cuestión de hecho que depende de la ocurrencia de determinados sucesos (promulgación, aceptación, etc). La tesis (i) presupondría que las normas son entidades abstractas y este concepto de norma, propio de la concepción «hilética», sería incompatible con la tesis (ii). La tesis (ii) presupondría que las normas son entidades empíricas y este concepto de norma, propio de la concepción «expresiva», sería incompatible con la tesis (i)[65].

En síntesis, si las normas son concebidas como entidades abstractas, no tendría sentido atribuirles propiedades empíricas y, si son concebidas como entidades concretas, sería incorrecto atribuirles la capacidad de participar en relaciones lógicas[66]. Esto es relevante porque, aunque Caracciolo omita cualquier referencia a la distinción entre normas regulativas y constitutivas, su tesis conduce a concluir que, si las normas son entidades abstractas y, por tanto, su modo de existencia es ideal, su carácter regulativo o constitutivo no podría depender de condiciones empíricas como el carácter regulativo o constitutivo del acto lingüístico que las produce y/o el modo en que ellas son concebidas, reputadas, reconocidas, pensadas aludidas, usadas, valoradas o sentidas por sus destinatarios y/o consideradas y tratadas por los juristas.

Caracciolo advierte que las normas, entendidas como entidades abstractas o ideales, pueden relacionarse con hechos empíricos y que estos son utilizables como criterios para constituir conjuntos de normas (usadas para ordenar, promulgadas, aceptadas, consideradas existentes, etc) y, por tanto, como criterios empíricos de pertenencia a tales conjuntos. Pero aclara que esto no significa que las normas del conjunto existan porque se verifican los hechos (institucionales) que se usan como criterio de pertenencia. Por otra parte, tales hechos no serían un criterio sistemático de pertenencia porque cada conjunto no constituiría, per se, un *sistema* normativo, si este es entendido como un conjunto que se determina por relaciones entre sus componentes[67].

La cuestión ha sido ampliamente discutida. Para los teóricos jurídicos positivistas, tanto normativistas como moderadamente realistas, una respuesta adecuada a las preguntas ontológicas sobre las normas jurídicas es una que no las reduzca ni a normas morales ni a hechos empíricos. Su estrategia ha sido distinguir el problema relativo al tipo de entidad que son las normas y su modo de existencia del problema relativo a sus condiciones de existencia. Simplificando al máximo, las normas son consideradas entidades ideales o abstractas (sentidos, contenidos significativos) cuya existencia no

65. La concepción expresiva tendría que dar cuenta de la noción de «sistema» como un conjunto de proposiciones utilizadas en los actos de ordenar. Por tanto, no se podría hablar de sistema *normativo.* Caracciolo, 1997: 159-170.
66. Vilajosana, 2010: 38.
67. Caracciolo, 1997: 170-171 y 174-178.

es empírica, pero sí dependiente de (aunque no reducible a) hechos empíricos. Kelsen es, por supuesto, el caso paradigmático[68].

Limitando su discurso a las normas regulativas, Redondo destaca que considerar al derecho como un conjunto de normas implica desafiar la tesis reduccionista de Caracciolo. Su argumento es que, aunque las normas jurídicas son entidades abstractas, su existencia depende de ciertas acciones, creencias y/o actitudes humanas. Por tanto, las normas jurídicas no serían normas ni en el sentido de la concepción hilética que asume que las normas existen con independencia de todo acto humano, ni en el sentido de la concepción expresiva que reduce las normas a hechos empíricos. Cuando se afirma la existencia de una norma, se usaría un concepto de existencia que no corresponde a ninguno de los cuatro identificados por Bulygin. La existencia sería una propiedad que no es empírica, aunque sí relativa a un tiempo y lugar determinados y que no sería absoluta, pero sí normativa[69].

Para Guastini el llamado «problema ontológico» de las normas es el nombre de dos problemas distintos y parcialmente independientes: ¿Ante qué condiciones se puede decir que una norma existe? y ¿Qué tipo de entidad es una norma? Ninguna de las concepciones de las normas configuradas por Alchourrón y Bulygin respondería satisfactoriamente a ambas preguntas. La concepción pragmática (expresiva) tendría por objeto el proceso de producción de normas, pero nada diría sobre la naturaleza del producto. La concepción semántica (hilética) tendría por objeto el producto del proceso de producción, pero nada diría sobre el proceso[70].

Que la concepción semántica no diga nada sobre el proceso de producción no dependería de un trivial descuido, sino de la idea de que los significados son entidades abstractas cuya existencia es independiente de los enunciados que los expresan. Este modo de ver confundiría la existencia de una proposición con su valor de verdad o supondría un concepto de existencia contraintuitivo. Incluso si este modo de ver fuese plausible para las proposiciones, no sería transferible a las normas, salvo que se aceptase alguna forma de cognitivismo normativo[71].

Según Guastini, desde una perspectiva no cognitivista, y con mayor razón si el discurso se circunscribe a las normas jurídicas, no existen normas sin actos de producción normativa. El pensamiento jurídico moderno supondría una concepción pragmática de

68. Cfr. Al menos Kelsen, 1991 [1960]: capítulo primero. También hemos visto que, para Ross, el análisis de la norma misma, esto es, de los elementos que determinan sus significados debe mantenerse separado de la descripción de aquellas condiciones sociales de las que depende su existencia, pero no su significado. El caso de Hart es menos claro precisamente porque las *condiciones de existencia* de las reglas (la conducta regular y uniforme y la actitud crítica reflexiva de los miembros del grupo) son también consideradas *aspectos* de las reglas (aspecto externo y aspecto interno).
69. Redondo, 2013: 172-177. Otra visión matizada de lo abstracto y lo concreto que no obligaría a elegir entre preservar la intuición sistémica de que entre las normas jurídicas pueden darse relaciones lógicas y la intuición dinámica de que estas normas existen en un espacio y en un tiempo puede verse en Vilajosana, 2016 y 2010: capítulos I y II.
70. Guastini, 2014d [2013]: 291-293-295, 297.
71. Guastini, 2014d [2013]: 298-300 y nota N.°17 de ese trabajo.

las normas. Como el producto y también el medio de producción de un acto lingüístico es un enunciado supuestamente dotado de significado, las normas no serían otra cosa que enunciados significantes. Como esto no excluiría la posibilidad de que haya significados normativos (normas ni verdaderas ni falsas), Guastini no estaría asumiendo ningún compromiso ontológico sobre la naturaleza de los significados. La necesidad de distinguir enunciados y significados no se justificaría porque ellos sean entidades diversas, sino porque entre ellos no se daría una correspondencia biunívoca[72].

Las dos concepciones de las normas no serían entonces necesariamente incompatibles porque las normas: (i) serían los significados de los enunciados usados para prescribir (concepción semántica) y (ii) no existirían sin enunciados que las expresen y, por tanto, sin actos de lenguaje (concepción pragmática). La existencia de una norma dependería de un acto lingüístico de formulación y de un acto lingüístico de interpretación[73]. A juicio de Guastini, presentar al derecho como compuesto por productos del lenguaje, en última instancia, entidades lingüísticas (o, si se prefiere, conceptuales) no sería radicalmente alternativo a presentarlo como compuesto de entidades inmateriales[74].

Debe notarse que Caracciolo, Redondo y Guastini asumen que la concepción expresiva identifica a las normas (regulativas) con entidades empíricas y, por tanto, con los actos que las producen, no con el resultado de tales actos. Como hemos visto, esto no es algo que pueda darse por sentado.

Como destaca Rodríguez, las dificultades que plantea la distinción de las concepciones hilética y expresiva derivan de que Alchourrón y Bulygin asumen que los aspectos pragmáticos del lenguaje son independientes del significado. Si se abandona ese presupuesto, se podrían distinguir dos concepciones de las normas: (i) la concepción cognoscitivista o representativa según la cual las normas son significados con una dirección de ajuste del lenguaje al mundo y, por ello, semejantes a las proposiciones y susceptibles de verdad o falsedad. Al caracterizar a las normas sin considerar factores pragmáticos, esta concepción incluiría la llamada «concepción hilética»; y (ii) la concepción no cognoscitivista o adscriptiva, según la cual las normas son significados con una dirección de ajuste del mundo al lenguaje porque son el resultado de actos de prescribir y, por ello, no susceptibles de verdad o falsedad. Como solo la actitud proposicional del hablante, concebida como parte del significado, permitiría diferenciar a las normas de otras entidades lingüísticas, esta concepción incluiría la denominada «concepción expresiva», pero entendida como una que identifica a las normas, no con actos de prescribir, sino con el resultado de tales actos[75].

72. Un mismo enunciado puede expresar, alternativamente, más de un significado y un mismo significado puede ser expresado por enunciados sinónimos. Guastini, 2014d [2013]: 296-297 y 300-301.
73. Guastini, 2014d [2013]: 301-302.
74. Guastini, 2014g [2013]: 388.
75. Según la concepción cognoscitivista, las normas son significados de ciertas formulaciones lingüísticas o de ciertas prácticas sociales que describen o representan correlaciones ya existentes entre el mundo real y ciertos mundos normativamente ideales a su respecto (expresan nuestras creencias sobre qué mundos son normativamente ideales respecto del mundo real). Las normas informarían sobre puentes

Frente a la identificación de las normas con significados podría decirse que es absurdo hablar de enunciar un significado en una oración o de adoptar, seguir o violar un significado. Pero, aquí es donde cobra importancia el aspecto pragmático. Como precisa Black, la sugerencia de identificar cualquier regla con el significado de ciertas expresiones verbales no implica que las expresiones «regla» y «significado de ciertas palabras» sean siempre intercambiables. Al llamarse la atención sobre el significado de las formulaciones de reglas se pretende recordar que tales formulaciones tienen ciertos usos y que recordar tales usos permite recordar qué es una regla[76]. ¿Por qué entonces no podría decirse que recordar los usos de las formulaciones de normas regulativas y de las formulaciones de normas constitutivas permite recordar qué son las normas regulativas y qué son las normas constitutivas?

Aunque la mirada de Rodríguez se limita a las normas regulativas, su concepción no cognoscitivista permitiría sostener que, aunque las normas sean concebidas como significados y, por tanto, como entidades abstractas, su carácter regulativo o constitutivo –que forma parte del significado– depende del tipo de acto lingüístico del cual las normas son su resultado.

No estoy afirmando que el carácter regulativo o constitutivo de una norma depende únicamente del acto lingüístico realizado por su emisor. Los destinatarios de las normas y los juristas también son relevantes. Lo que por ahora interesa enfatizar es que aceptar que los factores pragmáticos son parte de lo que llamamos 'significado' cuando decimos que las normas son significados abre la posibilidad de tematizar la diferencia ontológica esbozada por Hart, Ross y Alchourrón y Bulygin en términos que permitan responder a las preguntas de si las normas jurídicas regulativas y constitutivas son dos tipos de entidades diferentes y si son diferentes sus condiciones de existencia. Como veremos, esto obliga a revisar el esfuerzo del positivismo jurídico por independizar estas dos preguntas.

3. *TIPOS* DE NORMAS, ONTOLOGÍA E INTERPRETACIÓN

3.1. Ontología e interpretación

Según Hart, Ross y Alchourrón y Bulygin, las normas jurídicas regulativas y constitutivas son (estructural y funcionalmente) diferentes y excluyentes. He sugerido que esta distinción admite ser entendida como el producto de la reconstrucción conceptual o

ya existentes entre el mundo real y los mundos normativamente ideales. Según la concepción no cognoscitivista, las normas son significados de ciertas formulaciones lingüísticas o de ciertas prácticas sociales que seleccionan ciertos mundos como normativamente ideales respecto del mundo real (expresan nuestras valoraciones o preferencias de ciertos mundos como normativamente ideales respecto del mundo real). Las normas mismas tenderían puentes entre el mundo real y los mundos normativamente ideales., Rodríguez 2021: 95-96.

76. Black, 1962: 104.

análisis lógico de los discursos de los emisores y destinatarios de las normas y de los juristas.

El desafío es explicitar la relevancia ontológica de tales discursos apenas esbozada por estos autores. Así las cosas, resulta plausible considerar la posibilidad de que las diferencias ontológicas entre estos dos tipos de normas, al menos en lo que concierne a las normas legisladas, se dejen explicar como una cuestión de interpretación de textos normativos porque es allí donde confluyen y dialogan los discursos de los emisores de las normas, sus destinatarios y los juristas. Sin embargo, ninguno de los autores mencionados presenta el asunto bajo este paraguas.

Para Hart los problemas interpretativos se dan exclusivamente en el plano de la aplicación de las pautas generales de conducta a casos, esto es, la subsunción de situaciones de hecho bajo tales pautas. A causa del uso en tales pautas de términos clasificatorios generales, sería posible distinguir casos obvios a los cuales las expresiones generales son claramente aplicables y casos difíciles frente a los cuales no resulta claro si se aplican o no porque no existe una convención firme al respecto[77]. Como argumenta Guastini, la teoría ecléctica hartiana, deslumbrada por la vaguedad de los predicados del lenguaje natural, pero ciega frente a la equivocidad del lenguaje jurídico tiene por objeto exclusivo los enunciados subsuntivos. Su silencio respecto de los enunciados interpretativos solo podría interpretarse en el sentido de que la identificación de las normas (del significado de los textos normativos) es un acto de conocimiento. En consecuencia, sería una variante inconfesa de la teoría cognitiva de la interpretación[78].

Destacando la importancia de analizar la práctica interpretativa de los tribunales, Ross distingue claramente la identificación del significado de los textos de la determinación de si ciertos hechos están o no comprendidos por el mismo. Es particularmente agudo al enfatizar que la interpretación no puede avanzar más allá de un punto que deja abierto un numero de posibilidades cuya elección es motivada por consideraciones ajenas al deseo de aprehender el significado de una expresión. No obstante, ninguno de los problemas de interpretación que Ross identifica (sintácticos, lógicos y semánticos) ni su análisis de los factores pragmáticos de la interpretación incluye explícitamente el problema de que uno o más textos puedan expresar diferentes tipos de normas dependiendo de la interpretación que se haga de ellos[79].

Alchourrón y Bulygin consideran que los problemas interpretativos más frecuentes se plantean en relación con la aplicabilidad de las normas a casos concretos a causa de

77. Hart, 2009 [1961]: 155 y ss.
78. Guastini, 2010 [2008]: capítulo III; 2018 [2004]: 83-86; 2014a [2011]: 364-367; 2012 [2011]: 54-57. Para una reconstrucción diferente de la teoría hartiana de la interpretación ver, por ejemplo, Moreso, 2014 [1997]: 160 y 186-190 y Lifante, 1999, capítulo V.
79. Ross, 2005 [1958]: 144, 146, 152-171; 181 y ss. Esto no implica que el mencionado problema no pueda entenderse como implícitamente abordado si se cruza el análisis de Ross sobre la interpretación con su análisis de la tipología de las normas. Mi propósito es precisamente explicitar que determinadas prácticas interpretativas de los textos normativos presuponen una tesis ontológica sobre los tipos de normas que existen en los ordenamientos jurídicos.

la vaguedad de los términos de un lenguaje que tiene uso empírico. Aunque reconocen que un mismo enunciado puede expresar dos o más normas si tiene más de un sentido y que el sentido depende de la interpretación, su foco de atención es que, mediante la interpretación, se pueden modificar las normas para incluir o excluir casos de su campo de aplicación. Así, por ejemplo, el sentido del texto legal que declara inembargables los muebles de uso indispensable del deudor cambiaría y, por tanto, la norma que los jueces aplican porque un objeto que antes se consideraba embargable después se considera inembargable[80].

La llamada «Escuela genovesa» se caracteriza por: (i) no identificar las *normas* (cuya existencia depende de la interpretación) con los *enunciados* en que las normas se expresan (cuya existencia depende de un acto de promulgación); y (ii) suscribir una tesis escéptica según la cual la interpretación no es una operación cognoscitiva, sino decisoria[81].

Según Tarello, la mayor parte de las reglas con que está entretejido el fenómeno jurídico son deliberadamente puestas y esto no podría ocurrir sino mediante mensajes lingüísticos aptos para llegar a quienes están dirigidos. Como las reglas se dirigen a una pluralidad de destinatarios lejanos en el espacio y en el tiempo, los mensajes lingüísticos en que aquellas se sustancian asumen la forma escrita[82].

Como consecuencia de lo anterior, cada operación sobre el mensaje lingüístico es llevada a cabo sobre la regla normativa que no conserva una existencia separada del mensaje documentado al que se incorpora. Las reglas normativas jurídicas no serían otra cosa que el significado (normativo) atribuido a los enunciados lingüísticos documentados que lo expresan: el resultado de la interpretación de enunciados documentados dada por los operadores de aplicación (jueces, funcionarios de aplicación y particulares). La indeterminabilidad propia de los mensajes lingüísticos dejaría espacio para los intereses e ideologías presentes en las sociedades jurídicamente organizadas que no solo condicionarían la producción de las reglas jurídicas, sino también su percepción y empleo a través de la interpretación[83].

Recuérdese que, según Guastini, la existencia de una norma depende tanto de un acto lingüístico de formulación como de un acto lingüístico de interpretación. Pero a esto añade que un problema diferente del propiamente ontológico sería el problema

80. Alchourrón y Bulygin, 1991b [1983]: 442-446.

81. Tarello, 1974; 2011a [1965]; 2011b [1966]; 2013 [1980]; Guastini, 2011 [1989]; 2018 [2004]: 66, 75-76, 82, 96-100; 101-119; 179-197; 2010 [2008]: capítulos I y III; 2012 [2011]; 2014a [2011]: 77-87; 341-343; 2014f [2013]: 339-346; Chiassoni, 2002 [1999]; 2011; Barberis, 2011: 205. No obstante, y como vimos, al menos según Guastini, concebir las normas como significados solo es necesario en el contexto de la teoría de la interpretación (y aplicación), por lo que nada impediría decir que las normas son enunciados en el contexto general de la teoría del derecho. Además, y como veremos, Guastini diferencia el problema propiamente ontológico del problema de derecho positivo sobre las condiciones de pertenencia de las normas a determinado sistema jurídico. Esto es parte de lo que quiero discutir.

82. Tarello, 2002c [1984]: 176-177.

83. Tarello, 2002c [1984]: 177-179.

de derecho positivo sobre las condiciones ante las cuales puede decirse que una norma existe en (o pertenece a) un determinado sistema jurídico. Una vez establecida la pertenencia al sistema de la fuente en la que la norma se formula, la existencia de la norma dependería de las prácticas interpretativas de los juristas y órganos de aplicación. Como casi todos los enunciados normativos carecerían de un significado unívoco y preciso, solo podría decirse que una norma existe en (pertenece a) un sistema jurídico cuando una interpretación se convierte en dominante por ser generalmente aplicada[84].

El escepticismo interpretativo defendido por la Escuela genovesa tendría, sin embargo, relevancia ontológica porque, como ha argumentado el propio Guastini, aquel determinaría una tesis ontológica sobre el tipo de entidades que componen el derecho. En un primer nivel superficial, el derecho sería un conjunto de textos normativos. En un segundo nivel, sería el conjunto de normas (significados normativos) que se extraen de los textos normativos mediante la interpretación. En un tercer nivel, sería un conjunto de normas vigentes, esto es efectivamente aplicadas (usadas para motivar las decisiones) en el pasado y previsiblemente aplicables en el futuro por los órganos aplicadores[85].

3.2. *Tipos* de normas: ¿Un problema de interpretación de textos normativos?

La tesis ontológica del realismo jurídico analítico presentada por Guastini, cuyo discurso se limita a las normas regulativas, sugiere considerar que, si la distinción entre normas regulativas y constitutivas presupone una diferencia ontológica, esta tendría que poder explicarse como un problema de interpretación de textos normativos. Pero el asunto no suele ser incluido entre los llamados «problemas interpretativos»[86], salvo contadas excepciones.

La explicación de Comanducci de la interpretación como un proceso puede considerarse una de estas excepciones. En este proceso podrían distinguirse diferentes etapas secuenciales: (i) identificación del enunciado como entidad lingüística (identificación lingüística); (ii) identificación del enunciado como norma, en virtud de su carácter prescriptivo (identificación pragmática); (iii) identificación de la norma como principio

84. Guastini, 2014e [2013].
85. Guastini, 2014f [2013]: 337-355 y 2015: 55-61. No puedo discutir aquí si la tesis de Guastini según la cual las normas son significados normativos es consistente con su tesis de que el realismo jurídico analítico que él defiende adopta una ontología empirista según la cual el derecho no es conjunto de entidades abstractas, sino conjunto de hechos, entre los cuales podrían distinguirse los tres niveles recién mencionados. Dei Vecchi se decanta por el empirismo y propone que los tres niveles conducen a formulaciones lingüísticas (en el primer nivel, formulaciones normativas y, en el segundo y tercer nivel, formulaciones que se consideran sinónimas de las del primer nivel). Su propuesta es consistente con otros trabajos de Guastini, pero no elimina la tensión si consideramos que Guastini afirma, como hemos visto, que presentar al derecho como compuesto por entidades lingüísticas (o, si se prefiere, conceptuales) no sería radicalmente alternativo a presentarlo como compuesto de entidades inmateriales. Guastini, 2014g [2013]: 388.
86. Cfr. Tarello, 2011b [1966]; 2013 [1980]: capítulo III; Chiassoni, 2002 [1999].

o como regla (configuración de la norma); y (iv) identificación/atribución de sentido a la norma[87]. El uso de la expresión «identificación» no connota, por supuesto, una actividad cognoscitiva, sino la decisión de atribuir una identidad, respectivamente, a símbolos, enunciados, normas y sentidos.

Esta secuencia permite sugerir que el tipo de norma expresado en el enunciado sería determinado en la etapa de identificación pragmática. Aunque Comanducci alude a la identificación del enunciado como norma en virtud de su carácter *prescriptivo*, admite que, dentro del conjunto de las normas, se incluyen también las constitutivas y/o conceptuales y/o definiciones y/o de competencia, entre otras[88]. La identificación del enunciado como norma regulativa o como norma constitutiva (del acto lingüístico regulativo o constitutivo realizado por quien formula la norma) dependería, por supuesto, de una decisión del intérprete.

Aunque el tema no suele ser incluido por Guastini entre los problemas de interpretación[89] ni es considerado una causa de indeterminación del derecho[90], aparece excepcionalmente y a título ejemplar cuando se examina la ambigüedad pragmática. En este contexto, se limita a decir que podría ocurrir que una disposición fuera pragmáticamente ambigua si la norma expresada en ella puede ser entendida como una norma imperativa, permisiva o constitutiva[91].

El único trabajo del cual tengo registro en el cual Guastini se refiere con algún detalle a los tipos de normas como un problema interpretativo no está dedicado a la interpretación, sino a las normas sobre la producción jurídica. Según Guastini, el análisis lógico del lenguaje presupone la interpretación de las entidades lingüísticas que se analizan. En consecuencia, las diversas teorías sobre el estatuto lógico de las normas sobre la producción (normas permisivas, mandatos encubiertos o indirectamente formulados, definiciones y normas que establecen condiciones) discutirían sobre el significado a atribuir a disposiciones constitucionales o legislativas. El desacuerdo parecería situarse principalmente en la dimensión pragmática de las formulaciones normativas, específicamente en la pregunta de qué tipo de acto lingüístico ha realizado la autoridad normativa que ha dictado esas normas. Además, cada formulación normativa podría ser interpretada de forma que exprese más de una norma. Esto sería justamente lo que ocurre en algunas culturas jurídicas, por lo que las diferentes teorías serían fundadas y compatibles[92].

87. Comanducci, 2010 [1998]: 77.
88. Comanducci, 2010 [1998]: 77.
89. Cfr. Guastini, 2018 [2004]: 121-146.
90. Cfr. Guastini, 2014a [2011]: 55-76; 2012 [2011]: 36-39.
91. Guastini, 1997 [1993]: 128-129.
92. Guastini, 1999b [1996]: 308-309 y 313-317. Más precisamente, las diferentes y conjuntas interpretaciones admisibles serían normalmente el resultado de la atribución de significado a la combinación de dos o más disposiciones o fragmentos de disposiciones normativas. Sobre ello y el correspondiente argumento sistemático de la combinación de disposiciones, ver Guastini, 2014a [2011]: 82-83 y 290-291.

Esto merece al menos dos observaciones. En primer lugar, el término «significado», en este contexto, incluye la fuerza pragmática o es influido por el néustico[93], por lo que la identificación pragmática del enunciado como norma regulativa o como norma constitutiva se produciría, a diferencia de lo que cree Comanducci, en la misma etapa que la identificación/atribución de sentido a la norma. Como ya se ha dicho, si se acepta que los factores pragmáticos forman parte del significado, que las normas sean concebidas como significados no impide considerar que su carácter regulativo o constitutivo depende del tipo de acto lingüístico que las formula[94].

En segundo lugar, habría que explicitar que lo que hacen las diferentes teorías sobre las normas sobre la producción jurídica es posibilitar la ambigüedad pragmática de las disposiciones normativas. La razón por la cual Guastini no es explícito sobre este punto es, probablemente, que cuando sostiene que todo intérprete se acerca a los textos normativos provisto de presuposiciones teóricas que inevitablemente condicionan su interpretación, no se refiere a reconstrucciones conceptuales como la distinción entre normas regulativas y constitutivas. Se refiere a construcciones dogmáticas como, por ejemplo, la doctrina según la cual toda constitución escrita implica el principio de que cualquier ley contraria a aquella es nula[95]. Estas construcciones condicionarían la interpretación, tanto haciendo equívocas formulaciones que por sí mismas no lo serían, como orientando las decisiones interpretativas en un sentido en lugar de otros[96].

Guastini no alude exclusivamente a las construcciones conceptuales de los juristas en circunstancias que posibilitan la deliberada creación extralegislativa de derecho, como la inactividad del legislador frente a un vacío[97]. Las construcciones dogmáticas serían tan poco excepcionales que sería poco realista trazar una distinción neta entre el lenguaje del legislador y el de los juristas. Dado que ambos son objeto de un continuo proceso osmótico, la doctrina sería parte del propio derecho[98].

¿Puede decirse lo mismo de la distinción entre normas regulativas y constitutivas? Tengo pocas dudas de que ella condiciona el modo en que se interpretan las formulaciones normativas, pero este condicionamiento no se deja explicar del mismo en modo en que se explica que la interpretación de los textos normativos es condicionada por construcciones dogmáticas. Además, aun cuando la interpretación fuese determinante en los tipos normas que son extraídas a partir de las formulaciones normativas, faltaría

93. Tarello 2011a [1965].
94. Por recomendación de un evaluador anónimo, aclaro que la tesis guastiniana que se analiza asume que las normas regulativas y constitutivas son el producto de actos lingüísticos diferentes.
95. Guastini, 2018 [2004]: 125-126; 2010 [2008]: 85-86; 2014a [2011]: 65-68; 2012 [2011]: 42; 2014e [2013]: 343-344.
96. Guastini, 2018 [2004]: 135-136.
97. Como Tarello, 2002a [1972]: 5 y ss.
98. Guastini, 2014c [2013]: 146-147 y 2014e [2013]: 360-361. Tarello alude a las operaciones conceptuales interdependientes (dogmática y sistematizadora) de la doctrina cuyo único límite sería su aceptación en el ambiente histórico-social y cultural en el que se proponen. Tarello 2011a [1965]: 33 y ss.

explicar de qué depende que las normas originarias e implícitas no extraídas a partir de formulaciones normativas sean regulativas o constitutivas.

3.3. Ontología, interpretación y cultura jurídica

Limitando nuevamente su discurso a las normas regulativas, Redondo define las normas jurídicas como contenidos significativos (criterios semánticos de clasificación) jurídicamente normativos, debidos o justificativos (a los que la práctica jurídica reconoce como razones formales a favor o en contra de ciertas acciones). La existencia de estas normas no es, según Redondo, un hecho empírico, sino un hecho institucional que depende de (pero no es reducible a) actos empíricos de creación y prácticas empíricas de reconocimiento, interpretación, aplicación y obediencia. Las normas jurídicas no serían esos actos y prácticas, sino los criterios o razones que subyacen a ellas y las determinan normativamente, pero su modo de existencia sería subjetivo en el sentido de totalmente dependiente de los comportamientos, creencias y actitudes de un grupo social[99].

La brillante propuesta de Redondo evidencia, sin embargo, el alto precio que ha pagado el positivismo jurídico cuando, para evitar la reducción de las normas jurídicas a normas morales o a hechos empíricos, separa el problema relativo al tipo de entidades que son las normas jurídicas y, por tanto, a su modo de existencia del problema relativo a sus condiciones de existencia.

Esta separación ha impedido ver que los factores pragmáticos forman parte de lo que llamamos 'significado' cuando decimos que las normas son significados. Ha impedido ver que los comportamientos, creencias y actitudes pragmáticas de las cuales depende la existencia de las normas inciden en lo que las normas son, incluyendo los diversos modos en que ellas pueden relacionarse con las acciones y abstenciones a las que se refieren. Por lo mismo, que los discursos teóricos sobre la ontología de las normas jurídicas se limiten a las normas regulativas y nada digan sobre las normas constitutivas[100] puede ser visto como un síntoma claro de la hipermetropía que estoy describiendo.

Mi punto es que no se trata únicamente de que la existencia de las normas dependa de ciertas condiciones empíricas: comportamientos, creencias y actitudes pragmáticas. Las normas *son* (consisten en) el producto o resultado de las creencias y actitudes pragmáticas con la que se realizan ciertos actos empíricos de creación, reconocimiento, interpretación y aplicación.

Si las normas son significados y, por tanto, entidades abstractas, no existen en la realidad física, sino en la realidad institucional, por lo que su modo de existencia es, como destaca Redondo, subjetivo, es decir, dependiente de comportamientos, creencias y actitudes. En este sentido, las normas regulativas y constitutivas no son dos tipos de

99. Redondo, 2018: capítulos I y II.

100. Además de los que ya hemos revisado, ver, por ejemplo, Dei Vecchi: 2019: 200-206 y Mendonca: 2020.

entidades diferentes y comparten un mismo modo de existencia. Pero precisamente porque su existencia es subjetiva, las condiciones de existencia de cada uno de estos tipos de normas (las creencias y actitudes pragmáticas con las que ellas son creadas, reconocidas, interpretadas y aplicadas) son diferentes. Como consecuencia, el modo en que se relacionan con las acciones y abstenciones a las que se refiere es diferente. Son entonces significados de diferente tipo y, en este sentido, podría decirse que son entidades diferentes.

Mi hipótesis es que la insistencia de Hart, Ross y Alchourrón y Bulygin en que las normas regulativas y constitutivas son (estructural y funcionalmente) diferentes y excluyentes, es una reconstrucción conceptual o análisis lógico de los discursos de los emisores y destinatarios de las normas y de los juristas. El carácter regulativo o constitutivo de las normas jurídicas dependería de los actos lingüísticos que las producen y/o del modo en que ellas son concebidas, reputadas, reconocidas, pensadas aludidas, usadas, valoradas o sentidas por sus destinatarios y consideradas y/o tratadas por los juristas.

Sostener que esta reconstrucción presupone que las normas regulativas y constitutivas son dos tipos de significados diferentes y son diferentes sus condiciones de existencia precisamente porque comparten el mismo modo de existencia exige advertir que los señalados discursos forman parte de algo parecido a lo que Tarello llama «cultura jurídica interna». Esta es la cultura de los técnicos o especialistas del derecho (jueces, funcionarios administrativos con profesionalidad jurídica, abogados, notarios y profesores de las facultades de leyes), entre quienes existe, pese a las profundas divisiones ideológicas, un muy alto grado de acuerdo sobre lo que es el derecho positivo[101].

Se podría decir que forma parte de este acuerdo que el derecho moderno es un conjunto de normas que no solo cumple la función de reprimir ciertos comportamientos, sino también la de instituir poderes[102]. En términos hartianos, donde hay reglas jurídicas, la conducta humana se hace en algún sentido no optativa, pero los poderes de crear obligaciones y de determinar autoritativamente su transgresión son conferidos a ciertos órganos[103]. Por lo mismo, los legisladores (en sentido amplio), en tanto emisores y destinatarios de normas regulativas y constitutivas, deberían ser incluidos entre los especialistas que comparten la misma cultura jurídica.

Bajo la forma de construcciones dogmáticas, las diversas ideologías que coexisten al interior de una misma cultura jurídica condicionan las interpretaciones de los textos normativos y algunas de estas son pacíficas o al menos dominantes[104]. Pero las creencias ampliamente compartidas sobre cuáles son las funciones del derecho condicionan el modo en que las normas expresadas en los textos normativos son concebidas, usadas y aludidas por los especialistas de cuyos comportamientos, creencias y actitudes depende la existencia del derecho.

101. Tarello, 2002b [1977]: 229-230.
102. También la de asignar bienes y servicios. Tarello, 2002c [1984]: 166.
103. Hart, 2009 [1961]: 102 y ss.
104. Guastini, 2010 [2008]: 134-137

Con ayuda de la metafísica analítica contemporánea, Redondo precisa la relación metafísico-constitutiva que permite decir que el derecho es un resultado constituido que se produce cuando se verifican ciertas condiciones constitutivas (hechos sociales). Dicha relación es establecida por reglas constitutivas y puede ser considerada: (i) una relación productiva sobre cuya base podemos afirmar que la verificación de las condiciones *produce* o *da lugar a* un resultado constituido, y (ii) una relación explicativa sobre cuya base podemos decir que la verificación de las condiciones constitutivas *explica* o *hace inteligible* la existencia de ciertos resultados ya producidos o a producirse. Esta doble perspectiva se reflejaría en la ambivalencia pragmática de los enunciados lingüísticos que identifican esta relación constitutiva que entonces podrían entenderse como: (i) expresión de la regla misma que, por lo mismo, tiene una dirección de ajuste mundo-a-mente; y (ii) expresión de una tesis informativa que permite explicar por qué ciertos resultados tienen lugar que, por lo mismo, tiene una dirección de ajuste mente-a-mundo[105].

Dicho en términos searlianos, los hechos institucionales constituidos mediante reglas constitutivas cuya estructura es «X cuenta como Y en el contexto C» son ontológicamente subjetivos y epistémicamente objetivos. Son ontológicamente subjetivos pues que una entidad X posea un estatus Y depende de representaciones mentales, actitudes y creencias colectivas. Los hechos institucionales solo pueden existir si son representados como existentes. No obstante, son epistémicamente objetivos porque es posible conocerlos y describirlos mediante enunciados que tienen valor de verdad[106].

Lo que Redondo dice sobre el derecho debiese ser aplicable a sus componentes. Las normas jurídicas regulativas y constitutivas pueden ser consideradas, como he propuesto, diferentes resultados constituidos a partir de la verificación de diferentes condiciones. Es más, la ambivalencia pragmática destacada por Redondo permite entender por qué vale la pena sugerir que la distinción de estos dos tipos de normas formulada por Hart, Ross y Alchourrón y Bulygin es una reconstrucción conceptual de las creencias, actitudes y comportamientos de los especialistas del derecho y, en tal sentido, presupone una tesis ontológica descriptiva según la cual tales normas existen precisamente porque así lo creen dichos especialistas. De esta creencia depende que una norma *cuente como* regulativa o *cuente como* constitutiva[107].

Esta creencia o representación de estos dos tipos de normas como existentes es presupuesta por las construcciones dogmáticas y por los llamados conceptos jurídicos básicos que los juristas usan para describir los ordenamientos jurídicos y que los teóricos jurídicos analizan[108]. Así, por ejemplo, desde la óptica de teorías como las de Hart, Ross

105. Redondo, 2021.
106. Searle, 1997 [1995]: capítulos 2 y 3.
107. La distinción teórica entre disposición y norma también es una reconstrucción conceptual de las creencias, actitudes y comportamientos de los especialistas. Su origen pertenece al mundo de la praxis, como ha mostrado Chiassoni, 2011: 7-9.
108. Sobre esto último, ver, por ejemplo, Orunesu y Rodríguez, 2018; Arriagada, 2018 y 2020.

o Alchourrón y Bulygin, la doctrina según la cual las leyes contrarias a la constitución son nulas presupone la creencia o representación de que en los ordenamientos jurídicos existen normas constitutivas. En efecto, los presupuestos de esta doctrina han sido conceptualmente reconstruidos en términos de normas constitucionales que limitan la competencia legislativa, no imponiendo deberes, sino constituyendo incompetencias e inmunidades[109].

A esta creencia o representación de las normas regulativas y constitutivas como existentes puede atribuirse el estatus de una asunción ontológica reducible a una estipulación. Pero no puede decirse lo mismo de la tesis ontológica que describe esta creencia ni de la reconstrucción conceptual que la presupone. Como la teoría analítica del derecho no habría hecho más explicitar esta creencia bajo la forma de una reconstrucción conceptual, asimilar este trabajo con el desplegado por la dogmática y sus construcciones sería un error tan grande como el de creer que aquel consiste en meras estipulaciones.

Hart, Ross y Alchourron y Bulygin habrían mostrado las diferencias estructurales y funcionales entre normas que los especialistas del derecho se representan como existentes y despejado el camino para que estas diferencias fuesen refinadas en términos como los siguientes:

a) Las normas regulativas califican deónticamente (permiten, facultan, obligan o prohíben) un tipo de acción. Las normas constitutivas establecen explícitamente una relación entre un conjunto de condiciones (constitutivas) y determinado/s resultado/s (constituido/s)[110].
b) Las reglas regulativas, a través de condicionales del tipo «Si Y, haga X», califican conductas cuya descripción es independiente de tales reglas. Las reglas constitutivas, a través de condicionales del tipo «X cuenta como Y en el contexto C», definen ciertas formas de interpretar conductas, sin introducir modalizaciones deónticas, y permiten describir conductas de un modo que no sería posible si ellas no existieran[111].
c) Las normas jurídicas correlacionan casos genéricos con soluciones normativas. Un *caso genérico* es la descripción de una clase de propiedades (una clase de personas, acciones, estados de cosas, etc.). Una *solución normativa* es la calificación de una clase de acciones u omisiones fácticas o normativas como obligatorias o permitidas o la calificación de una clase de acciones normativas como posibles/

109. Esto es explícito en Hart 1982: 191 y 2009 [1961]: 86 y 307 y nota de la página 82 y en Ross, 2000 [1968]: 172. Una reconstrucción semejante de esta doctrina a partir de las tesis de Alchourrón y Bulygin puede verse en Arriagada, 2020a y 2021a. Para una reconstrucción diferente ver Atienza y Ruiz Manero, 1994: 817-820 y 830 y 2004: 117-119 y 127-128; Ruiz Manero, 2005: 119, 2007: 108-112 y 2010: 302-303.
110. Redondo, 2021.
111. Orunesu y Rodríguez, 2021.

válidas o imposibles/inválidas, si la perspectiva tradicional limitada a las normas regulativas se amplía a las normas constitutivas[112].

Estas diferencias estructurales se explicarían a la luz de las diferentes funciones jurídicas que los diversos tipos de normas cumplen. La estructura de las normas regulativas sería idónea para desempeñar la función de guiar acciones fácticas o normativas en determinadas circunstancias. La estructura de las normas constitutivas sería, en cambio, idónea para cumplir la función de guiar acciones normativas como identificar normas, usar expresiones del legislador, interpretar formulaciones normativas, considerar como constituidos determinados resultados institucionales y producir normas, en determinadas circunstancias[113].

Se podría decir entonces que la existencia de normas regulativas y constitutivas en los ordenamientos jurídicos depende de las creencias y actitudes que se reflejan en los comportamientos lingüísticos, en los discursos de los especialistas del derecho. Por lo mismo, que a partir de una interpretación se pueda concluir que determinadas formulaciones normativas expresan simultáneamente normas regulativas y constitutivas muestra, antes que un problema de ambigüedad pragmática, la relevancia que la interdependencia[114] de estas dos clases de normas tiene en el modo en que la cultura jurídica interna entiende que el derecho se estructura para cumplir sus funciones.

Bajo esta óptica, introducir los conceptos teóricos que sirven para describir o hablar de normas regulativas y constitutivas es lógicamente diverso de introducirlas en el mundo. Su introducción y existencia en el 'mundo de las normas legisladas' no dependería de una estipulación teórica, sino de que tales normas sean extraídas a partir de formulaciones normativas. Y esto dependería, tanto como la existencia de normas no legisladas, del modo en que los especialistas del derecho creen que este se estructura para cumplir sus funciones.

Si lo que he dicho es correcto, la distinción entre normas regulativas y constitutivas introducida por Hart, Ross y Alchourrón y Bulygin, posteriormente perfeccionada y usada por los teóricos jurídicos no es una mera estipulación. Ella presupone una tesis

112. Esta explicación de la estructura de las normas regulativas puede verse en Alchourrón y Bulygin, 1971: capítulos II y III. Una defensa de la ampliación de esta explicación a las normas constitutivas, entendidas como normas que guían directamente ciertas acciones normativas al definir la manera correcta de realizarlas puede verse en Arriagada 2021c.

113. Ver, por ejemplo, Hart, 2009 [1961]: capítulos V y VI; Bulygin, 1991a [1976]; Alchourrón y Bulygin, 1991b [1983]: 229, 449, 453 y 463.

114. Según Orunesu y Rodríguez, esta interdependencia consistiría en que las reglas regulativas prescriben las consecuencias normativas que se siguen para aquellas instancias válidas de los predicados jurídicos que las reglas constitutivas definen. Por esta razón, las normas constitutivas tendrían una fuerza normativa indirecta. Orunesu y Rodríguez, 2021. Schauer parece apuntar a lo mismo cuando afirma que, si bien las instituciones son establecidas por conjuntos de reglas constitutivas, estas pierden su carácter constitutivo dentro de esas instituciones y sirven para regular conductas previamente definidas. Schauer, 2004 [1991]: 63. No es la ocasión para discutir este punto, pero, en mi opinión, de la referida interdependencia no se sigue que las normas constitutivas no guíen directamente la conducta. Arriagada 2021c.

ontológica descriptiva que afirma que en los ordenamientos jurídicos existen normas regulativas y normas constitutivas. Esto significa que estos dos tipos de normas no son ontológicamente homogéneas porque, al compartir el mismo modo subjetivo de existencia, sus condiciones de existencia son diferentes y, por tanto, son significados diferentes. Un problema diferente es si esta tesis es verdadera o falsa[115].

BIBLIOGRAFÍA CITADA

Alchourrón y Bulygin, E., (1979): *Sobre la existencia de las normas*. México D.F.: Fontamara.

Alchourrón, C. y Bulygin, E., (1991a) [1981]: «La concepción expresiva de las normas», en Alchourrón, C. y Bulygin, E., *Análisis lógico y derecho*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: 121-153.

Alchourrón, C. y Bulygin, E., (1991b) [1983]: «Definiciones y normas», en Alchourrón, C. y Bulygin, E. *Análisis lógico y derecho,* Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: 439-463.

Arriagada, M.B., (2015a): «La imposibilidad de equiparar derechos sociales y liberales», *Revista Chilena de Derecho*, 42, 3: 819-842. http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372015000300004

Arriagada, M.B., (2015b): «Las cortes constitucionales frente a los 'derechos civiles y políticos'. Una mirada desde la teoría analítica del derecho», *Revista española de derecho constitucional*, 105: 105-136. http://dx.doi.org/10.18042/cepc/redc.105.04

Arriagada, M.B., (2015c): «¿Protege derechos fundamentales el tribunal constitucional chileno?», *Revista de Derecho* (Universidad Austral de Chile), XXVIII, 1: 145-169. https://doi.org/10.4067/S0718-09502015000100007

Arriagada, M.B., (2017): «Normas de competencia y normas acerca de la competencia. Eludiendo las reglas constitutivas», *Doxa*, 40: 93-121. https://doi.org/10.14198/DOXA2017.40.04

Arriagada, M.B., (2018): «Fundamentalidad, interdefinibilidad y circularidad: tres tesis sobre Hohfeld en discusión», *Revus. Journal for constitutional theory and philosophy of law*, 35: 1-37. https://doi.org/10.4000/revus.4095

Arriagada, M.B., (2020): «Inmunidades fuertes y débiles. El imperio contraataca», *Revista de Derecho* (Universidad Austral de Chile), XXXIII, 1: 9-29. https://doi.org/10.4067/S0718-09502020000100009

Arriagada, M.B., (2021a): «La clausura de los sistemas de normas jurídicas de competencia. Episodio I: los poderes normativos de las autoridades públicas», *Revus. Journal for constitutional theory and philosophy of law*, 43. https://doi.org/10.4000/revus.6801

Arriagada, M.B., (2021b): «Las dos caras del precedente vinculante», en Núñez, A., Arriagada, M.B., Hunter, I., *Teoría y práctica del precedente*. Madrid: Tirant Lo Blanch.

115. Un evaluador anónimo observa que, aunque fuera verdadera la presuposición, la distinción realizada por los teóricos del derecho podría seguir siendo una estipulación pues el hecho de que algo exista 'en la naturaleza' no dice nada acerca de los conceptos que tenemos que (o queremos) estipular para describirlo. Frente a ello solo puedo confiar en haber dado argumentos suficientes para respaldar la tesis según la cual la distinción formulada por Hart, Ross y Alchourrón y Bulygin, posteriormente refinada y comúnmente usada por los teóricos del derecho no es una mera estipulación.

Arriagada, M.B., (2021c): «Las 'piezas' de Alchourrón y Bulygin». De próxima publicación en libro de homenaje en Marcial Pons.

Atienza, M. y Ruiz Manero, J., (1994) «Sobre permisos en el derecho», *Doxa,* 15-16: 815-844.

Atienza, M. y Ruiz Manero, J., (2004): *Las piezas del derecho,* Barcelona: Ariel.

Barberis, Mauro., (2011): «Un poco de realismo sobre el realismo jurídico 'genovés'», en Ferrer, J., y Ratti., G, *El realismo jurídico genovés,* Madrid: Marcial Pons: 201-215.

Berlin, I., (2017) [1947] «El propósito de la filosofía» (Trad. Roberto Ramos y Alejandro Limeres), en Hardy, H., (ed.) *El poder de las ideas. Ensayos escogidos*, Barcelona: Página indómita: 77-93.

Bix, B., (2006) [2004]: *Teoría del Derecho: ambición y límites* (varios traductores), Madrid: Marcial Pons.

Black, M., (1962): *Models and Metaphors. Studies in language and philosophy,* Ithaca, New York: Cornell University Press.

Bulygin, E., (1991a) [1976]: «Sobre la regla de reconocimiento», en Alchourrón, C., y Bulygin, E., *Análisis lógico y derecho,* Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: 383-391.

Bulygin, E., (1991b) [1980] «Kant y la filosofía del derecho contemporánea», en Alchourrón, C., y Bulygin, E., *Análisis lógico y derecho,* Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: 371-382.

Bulygin, E., (1991c) [1982]: «Tiempo y validez», en Alchourrón, C. y Bulygin, E., *Análisis lógico y derecho,* Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: 195-197.

Bulygin, E., (1991d) [1990]: «Validez y Positivismo», en Alchourrón, C., y Bulygin, E., *Análisis lógico y derecho,* Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: 499-517.

Bulygin, E., (1991e) [1992]: «Sobre las normas de competencia», en Alchourrón, C., y Bulygin., *Análisis lógico y derecho,* Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: 485-498.

Bulygin, E., (2006): *El positivismo jurídico*, México D.F., Fontamara: 98-101.

Caracciolo, R., (1997): «Existencia de normas», *Isonomía*, 7: 149-178.

Carrió, G., (1991): Nota preliminar a Hohfeld, W., *Conceptos jurídicos fundamentales.* México D.F: Fontamara: 7-21 (Traducción al español de Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning).

Carcaterra, G., (1979): *La forza costitutiva delle norme*, Roma: Bulzoni.

Carcaterra, G., (2014) [1974]: *Le norme costitutive*, Torino: Giappichelli.

Chiassoni, P., (2002) [1999]: «Los juegos interpretativos» (Trad. M.C. Redondo), en Navarro, P., y Redondo, M.C., *La relevancia del derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política,* Barcelona: Gedisa: 185-208.

Chiassoni, P., (2011): «Disposición y norma. Una distinción revolucionaria», en Pozzolo, S., y Escudero, R., (eds.), *Disposición vs. Norma,* Lima: Palestra: 7-17.

Chiassoni, P., (2012) [2011]: «¿Los precedentes son vinculantes?» (Trad. Diego Moreno), en *Desencantos para abogados realistas,* Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Comanducci, P., (2010) [1998]: «Principios jurídicos e indeterminación del derecho», en *Hacia una teoría analítica del derecho. Ensayos escogidos,* Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: 75-92.

Dei Vecchi, D., (2019): *Modos de describir el derecho. Normas jurídicas, proposiciones normativas y enunciados deónticos*, Madrid. Marcial Pons.

Ferrer, J., (2000): *Las normas de competencia. Un aspecto de la dinámica jurídica,* Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Glock, H-J., (2012) [2008]: *¿Qué es la filosofía analítica?* (Trad. Carmen García). Madrid: Tecnos.

González Lagier, D., (1993): «Clasificar acciones. Sobre la crítica de Raz a las reglas constitutivas de Searle», *Doxa*, 13: 265-276. https://doi.org/10.14198/DOXA1993.13.14

González Lagier, D., (1995): *Acción y norma en G.H. Von Wright*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Guastini, R., (1997) [1993]: «Problemas de interpretación» (Trad. Miguel Carbonell). *Isonomía*, 7: 121-131.

Guastini, R., (1999a) [1996]: «Imágenes de la teoría del derecho», en *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho* (Trad. Jordi Ferrer), Barcelona: Gedisa: 15-45.

Guastini, R., (1999b) [1996]: «Acerca de las normas sobre la producción jurídica», en *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho* (Trad. Jordi Ferrer), Barcelona: Gedisa: 307-318.

Guastini, R., (2008): «Una teoría cognoscitiva de la interpretación», *Isonomía,* 29: 15-31.

Guastini, R., (2010) [2008]: *Nuevos estudios de la interpretación* (Trad. Diego Moreno), Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Guastini, R., (2011) [1989]: «Disposición vs. Norma» (Trad. Mar Fernández), en Pozzolo, S. y Escudero, R. (eds.), *Disposición vs. Norma,* Lima Palestra: 133-156.

Guastini, R., (2012) [2011]: «El escepticismo ante las reglas replanteado» (Trad. Federico Arena), *Discusiones,* 11: 27-57.

Guastini, R., (2014a) [2011]: *Interpretar y argumentar* (Trad. Silvina Álvarez), Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Guastini, R., (2014b) [2013]: «Manifiesto de una filosofía analítica del derecho» (Trad. Pedro Caballero), en *Otras distinciones,* Bogotá: Universidad Externado de Colombia: 77-92.

Guastini, R., (2014c) [2013]: «Iuristenrecht» (Trad. Diego Dei Vecchi), en *Otras distinciones,* Bogotá: Universidad Externado de Colombia: 121-147.

Guastini, R., (2014d) [2013]: «Dos concepciones de las normas» (Trad. Diego Dei Vechi), en *Otras distinciones,* Bogotá: Universidad Externado de Colombia: 291-302.

Guastini, R., (2014e) [2013]: «Existencia empírica de normas» (Trad. Pedro Caballero), en *Otras distinciones,* Bogotá: Universidad Externado de Colombia: 303-316.

Guastini, R., (2014f) [2013]: «El realismo jurídico redefinido» (Trad. Álvaro Núñez y Pedro Caballero), en *Otras distinciones,* Bogotá: Universidad Externado de Colombia: 337-367.

Guastini, R., (2014g) [2013]: «Normativismo mágico» (Trad. Diego Dei Vecchi), en *Otras distinciones,* Bogotá: Universidad Externado de Colombia: 369-393.

Guastini, R., (2015): «Un enfoque realista acerca del derecho y el conocimiento jurídico», *Revus. Journal for constitutional theory and philosophy of law*, 27: 55-64. https://doi.org/10.4000/revus.3463

Guastini, R., (2016) [2014]: *La sintaxis del derecho* (Trad. Álvaro Núñez). Madrid: Marcial Pons.

Guastini, R., (2018) [2004]: *La interpretación de los documentos normativos* (Trad. César Moreno), México D.F: Derecho Global.

Hart, H.L.A., (1982): «Legal Rights», en *Essays on Bentham. Studies in Jurisprudence and Political Theory*, New York: Oxford University Press: 162-193.

Hart, H.L.A., (2009) [1961]: *El concepto de derecho* (Trad. Genaro Carrió), Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Hernández Marín, R., (2012): *Compendio de filosofía del derecho,* Madrid: Marcial Pons.

Lifante, I., (1999): *La interpretación jurídica en la teoría del derecho contemporánea,* Madrid: Centro de Estudios Políticos y constitucionales.

Mendonca, D., (2020): *Ontología y lógica de las normas.* México D.F: Fontamara.

Moreso, J.J., (2014) [1997]: *La indeterminación del derecho y la interpretación constitucional,* Lima: Palestra.

Moreso, J.J y Vilajosana, J.M., (2004): *Introducción a la teoría del derecho,* Madrid: Marcial Pons.

Narváez, M., (2004): *Wittgenstein y la Teoría del Derecho. Una senda para el convencionalismo jurídico*, Madrid: Marcial Pons.

Núñez, A., (2018): «Precedente en materia de hechos». *Revista de derecho* (Universidad Austral de Chile), XXXI, 1: 51-78. https://doi.org/10.4067/S0718-09502018000100051

Núñez, A., (2021): «¿Son obligatorios los precedentes? La regla del precedente como norma(s) constitutiva(s)», en Núñez, A., Arriagada, M.B., Hunter, I., *Teoría y práctica del precedente*, Madrid: Tirant Lo Blanch.

Orunesu, C., y Rodríguez, J., (2018): «Una revisión de los conceptos jurídicos básicos», *Revus. Journal for constitutional theory and philosophy of law,* 36: 81-110. https://doi.org/10.4000/revus.4481

Orunesu, C., y Rodríguez, J., (2021): «Reglas constitutivas y mundos constitucionalmente posibles». De próxima publicación en Ramírez, L., y Vilajosana, J., (eds.) *Reglas constitutivas y derecho,* Madrid: Marcial Pons.

Orunesu, C., Rodríguez, J., y Sucar, G., (2001): «Inconstitucionalidad y derogación», *Discusiones*, 2: 11-58. https://doi.org/10.52292/j.dsc.2001.2391

Quine, W., (1980) [1948]: «On What there is», en *From a logical point of view,* Cambridge, Massachusetts and London: Harvard University Press: 1-19.

Quine, W., (1974) [1968]: «La relatividad ontológica», en La relatividad ontológica y otros ensayos (Trad. Manuel Garrido y Josep Blanco), Madrid: Tecnos: 43-91.

Ratti, G., (2013): *El gobierno de las normas,* Madrid: Marcial Pons.

Redondo, M. C., (2013) «Los enunciados jurídicos internos. La concepción de Eugenio Bulygin»», *Análisis filosófico*, XXXIII, 2: 170-185.

Redondo, M. C., (2018): *El Positivismo jurídico «interno»*, Ljubljana: Klub Revus.

Redondo, M. C., (2021): «Sobre el carácter constituido y constitutivo del derecho». De próxima publicación en Ramírez, L., y Vilajosana, J., (eds.) *Reglas constitutivas y derecho.* Madrid: Marcial Pons.

Rodríguez, J., (2021): *Teoría analítica del derecho* (en prensa).

Ross. A., (2000) [1968]: *Lógica de las normas* (Trad. José Hierro), Comares: Granada.

Ross. A., (2005) [1958]: *Sobre el derecho y la justicia* (Trad. Genaro Carrió), Buenos Aires: Eudeba.

Ruiz Manero, J., (2005): «Algunas concepciones del derecho y sus lagunas», en VV.AA., *Lagunas en el derecho*, Madrid: Marcial Pons: 103-126.

Ruiz Manero, J., (2007): «Una tipología de las normas constitucionales», en Aguiló, J., Atienza, M., y Ruiz Manero, J., *Fragmentos para una teoría de la constitución*, Madrid: Iustel: 63-112.

Ruiz Manero, J., (2010): «Seguimos discutiendo sobre permisos y concepciones del derecho», *Doxa*, 33: 297-306. https://doi.org/10.14198/DOXA2010.33.15

Searle, J., (1964): «How to derive 'ought' from 'is'», *The Phlosophical Review*, 73, 1: 43-58.

Searle, J., (2007) [1969]: *Actos de habla. Ensayo de Filosofía del Lenguaje* (Trad. Luis Valdés), Madrid: Cátedra.

Searle, J., (1997) [1995]: *La construcción de la realidad social* (Trad. Antoni Domènech), Barcelona: Paidos.

Searle, J., (2018): «Constitutive Rules». *Argumenta* 4 (1): 51-54. DOI 10.14275/2465-2334/20187.sea

Schauer, F., (2004) [1991]: *Las reglas en juego* (Trad. Claudina Orunesu y Jorge Rodríguez, Madrid: Marcial Pons.

Strawson, P.F., (1997) [1992]: «La filosofía analítica: dos analogías», en *Análisis y metafísica* (Trad. Nieves Guasch), Barcelona: Paidos: 43-60.

Tarello, G., (1974): *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto,* Bologna: Il Mulino.

Tarello, G., (2002a) [1972]: *Teorías e ideologías en el derecho sindical* (Trad. J.L. Monereo), Granada: Comares.

Tarello, G., (2002b) [1977]: «La noción de derecho positivo», en *Cultura jurídica y política del derecho*, Granada: Comares: 227-240.

Tarello, G., (2002c) [1984]: «Organización jurídica y sociedad moderna», en *Cultura jurídica y política del derecho*, Granada: Comares: 157-188.

Tarello, G., (2011a) [1965]: «La semántica del néustico. Observaciones sobre la 'parte descriptiva' de los enunciados prescriptivos» (Trad. Pau Luque), en Ferrer, J., y Ratti, G., (eds.), *El realismo jurídico genovés,* Madrid: Marcial Pons: 15-39.

Tarello, G., (2011b) [1966]: «El 'problema' de la interpretación: una formulación ambigua» (Trad. Mar Fernández), en Pozzolo, S., y Escudero, R., (eds.), *Disposición vs. Norma,* Lima Palestra: 111-127.

Tarello, G., (2013) [1980]: *La interpretación de la Ley* (Trad. Diego Dei Vecchi, Lima: Palestra.

Vilajosana, J., (2010): *El derecho en acción. La dimensión social de las normas jurídicas,* Madrid: Marcial Pons.

Vilajosana, J., (2016): «Ontología y normas jurídicas», en Redondo, M.C., y Navarro, P., *La filosofía desde el derecho. Homenaje a Riccardo Caracciolo,* México D.F: Fontamara: 85-98

Von Wright, G., (1970) [1963]: *Norma y acción. Una investigación lógica* (Trad. Pedro García), Madrid: Tecnos.

Von Wright, G., (1979) [1971]: *Explicación y comprensión* (Trad. Pedro García), Madrid: Alianza.

Winch, P., (2011) [1958]: *Ciencia social y filosofía* (Trad. María Rosa Viganó). Amorrortu, Buenos Aires.

Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, (2022), *45*
e-ISSN: 2386-4702 | ISSN: 0214-8676

Principios formales y sentido común jurídico. Sobre la presunción de constitucionalidad de la ley*

Formal Principles and Legal Common Sense. On the Presumption of Constitutionality of the Statutes

Alí Lozada**

Autor:
Alí Lozada
Universidad de O'Higgins, Chile
alilozada@gmail.com
https://orcid.org/0000-0001-9206-3647

Recibido: 12-01-2021
Aceptado: 26-2-2021

Citar como:
Lozada, Alí (2022). Principios formales y sentido común jurídico. Sobre la presunción de constitucionalidad de la ley. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, *45*, pp. 411-443. https://doi.org/10.14198/DOXA2022.45.14

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

© Alí Lozada

Resumen

Este trabajo intenta responder a la pregunta de cuál es el lugar –si acaso hay alguno– que el sentido común de los juristas ocupa en la teoría alexyana de los principios formales, particularmente, respecto de la presunción de constitucionalidad de la ley. La respuesta es que (i) la teoría de Alexy capta los aspectos nucleares de ese sentido común, inclusive (ii) contribuye a refinar algunos aspectos del mismo, sin embargo, (iii) todo lo anterior se oscurece si en el análisis se incluye a la fórmula del peso interpretándola como el reflejo exacto de la teoría alexyana.

Palabras clave: Alexy, control de constitucionalidad, deferencia judicial, examen de proporcionalidad, presunción de constitucionalidad, ponderación, principios formales, sentido común.

Abstract

This paper tries to answer the question of what is the place –if there is any– that the common sense of jurists occupies in the Alexyan theory of formal principles, particularly, regarding the presumption of constitutionality of the law. The answer is that (i) Alexy's theory captures the core aspects of that common sense, indeed, (ii) it contributes to refining some aspects of it, however, (iii) all of the above is obscured if the weight formula is included in the analysis, interpreting it as the exact reflection of the Alexyan theory.

* Este trabajo se enmarca en el proyecto ANID/CONICYT FONDECYT Postdoctoral N.º 3180579-2018 (Gobierno de Chile), «Modelos de argumentación jurídica con principios formales y reglas de origen judicial (Precedente y jurisprudencia): una reconstrucción teórica basada en el caso chileno», del que soy investigador responsable.

** Agradezco a Manuel Atienza, Josep Aguiló, Isabel Lifante, Catherine Ricaurte, José Fonseca y a los dos informantes anónimos por haber leído un borrador de este trabajo y haberme proporcionado sus comentarios; todos ellos han contribuido notablemente a evitar errores, los que todavía quedan son exclusivamente de responsabilidad del autor.

Keywords: Alexy, balancing, common sense, formal principles, judicial deference, judicial review, presumption of constitutionality, proportionality test.

«En la clase de casos que hemos considerado [relativos al control judicial de la ley], *la cuestión última no es la de cuál es el verdadero significado de la Constitución, sino la de si la legislación puede sostenerse o no*».

J. B. Thayer, 1893, 150[1]

INTRODUCCIÓN

¿Cuál es el lugar del sentido común en la filosofía práctica? Al decir de Rawls, su teoría de la justicia como equidad resulta del equilibrio reflexivo, es decir, de la búsqueda de la coherencia, entre nuestros juicios meditados [*considered judgements*] y los principios morales que nos parecen razonables. Respecto de estos principios y su relación con el sentido común, Rawls hace dos señalamientos. Por un lado, sostiene que su teoría busca dar cuenta de ciertas «convicciones de sentido común» de los ciudadanos, mostrándolas como la consecuencia de los principios de justicia elegidos en la posición original; según tales convicciones, «las libertades básicas se dan por supuestas y los derechos garantizados por la justicia no están sujetos a negociaciones políticas ni al cálculo de los intereses sociales», «ideas familiares» que componen el «sentido común de la vida cotidiana» propio de «la cultura política pública de una sociedad democrática» y de «las tradiciones interpretativas de su constitución y sus leyes básicas» (Rawls, 1999, p. 25; 2001, p. 5). Mas, por otro lado, Rawls afirma que «[n]o hay razón alguna para asumir que nuestro sentido de justicia puede ser adecuadamente caracterizado por preceptos del sentido común, o derivados de los principios de aprendizaje más obvios. Una explicación correcta de las capacidades morales ciertamente implicará principios y construcciones teóricas que vayan más allá de las normas y estándares citados en la vida cotidiana». (Rawls, 1999, pp. 41s.).

El ejemplo de Rawls parece mostrar, entonces, que la reflexión filosófico-práctica no puede prescindir de cierto núcleo de convicciones de sentido común, de ideas familiares compartidas por los ciudadanos, aunque estas deben ser sometidas a crítica sistemática a fin de refinarlas. Creo que lo mismo podría decirse de la relación entre la teoría del derecho y el sentido común de los juristas.

En el núcleo del sentido común jurídico, como recuerda Frederick Schauer, está la idea de que los juristas razonan con reglas; hay «[u]na concepción popular muy extendida [que] supone que los abogados fundamentan sus casos mediante la apelación a reglas abstrusas, incomprensibles para el común de la gente, y que los jueces toman

1. Énfasis en el original.

sus decisiones después de consultar libros repletos de esas reglas. Se cree que una vez que encuentra la regla correcta, el juez procede a aplicarla mecánicamente al caso que juzga, y ese es el fin del asunto», concepción que «a pesar de sus imprecisiones y exageraciones […] capta una parte importante del derecho. Los abogados suelen consultar las reglas, y los jueces suelen tomar decisiones que implican su seguimiento» (Schauer, 2013, pp. 29s.). Así, en la tradición del *civil law*, se podría decir que un componente cardinal del sentido común jurídico es que el derecho tiene que ver centralmente con la ley. Sin embargo, junto a esta primera intuición, se ha ido incorporando otra con el advenimiento de lo que Norberto Bobbio llamó «el tiempo de los derechos» (Bobbio, 1991): la de que los derechos fundamentales tienen un lugar central en el día a día del derecho en cuanto límites impuestos a la ley.

Ambas intuiciones –la de la ley y la de los derechos fundamentales– conforman en la actualidad el sentido común jurídico de casi todo el planeta. Y, en torno a ellas, se han ido desarrollado convicciones de carácter metodológico sobre cómo determinar si una determinada ley transgrede o no los límites impuestos por un derecho fundamental. De ahí que el llamado examen o *test de proporcionalidad*, diseñado para esa finalidad, se haya convertido en un «criterio universal de constitucionalidad» (Beatty, 2004, pp. 230). En efecto, el examen de proporcionalidad, cuyos orígenes se remontan al Derecho público europeo del siglo XVIII (véase Bernal, 2007: pp. 41ss.), se ha extendido a toda Europa –incluyendo los estados post-comunistas en Europa central y oriental– y a Israel; ha sido absorbido por sistemas del Commonwealth –Canadá, Sudáfrica, Nueva Zelanda y, por vía del derecho europeo, al Reino Unido– y se ha introducido también en América Central y del Sur. Para fines de los años noventa del siglo pasado, prácticamente todo el sistema de justicia constitucional a nivel mundial, con la excepción parcial de los Estados Unidos –el esquema norteamericano de los tres niveles de escrutinio que se expondrá más adelante se aproxima en algo al test de proporcionalidad (Rosenfeld y Sajó, 2012)[2]–, han acogido los aspectos principales del examen de proporcionalidad (Stone Sweet y Mathews, 2008, p. 74), por lo que puede decirse que, hoy en día, dicho *test* forma parte del sentido común de los juristas a nivel global.

Por tanto, actualmente, para evaluar una determinada teoría del derecho, es útil preguntarse si ella es compatible con las nociones envueltas en el mencionado examen de proporcionalidad (la legitimidad del fin buscado por el legislador, la adecuación de la medida legislativa a ese fin, la necesidad de esta y la ponderación entre aquel fin y el derecho fundamental afectado). Sobre esto, Atienza ha sostenido que ciertos positivismos jurídicos, al negar elementos esenciales de la ponderación, contrarían el que –según dicho autor– debería ser el sentido común jurídico en la materia; y ha sostenido también que, en contraste, teóricos del derecho postpositivistas como Robert Alexy sí captan el contenido básico de aquel sentido común (Atienza, 2017, pp. 147ss.). Quizá por ello, muchos reconocen que la teoría de los principios de Alexy, nacida de una

2. Sobre el uso de la proporcionalidad en el derecho de los Estados Unidos, véase, Jackson, 2015.

reconstrucción de la práctica del Tribunal Constitucional Federal de su país (Alexy, 2002b), ha contribuido al desarrollo de la cultura jurídico-constitucional, no solo de los países del *civil law*, sino también de los del *common law* (Barak, 2012, p. 5).

En efecto, según Atienza, la reconstrucción que hace Alexy del examen de proporcionalidad constituye una doctrina que «tendría que considerarse como de sentido común jurídico»[3], en el sentido de que ese examen comprende «tópicos, puntos de partida, comúnmente aceptados» (Atienza, 2017, p. 158s.), «una tópica que nos ayuda a argumentar» y que vendría a decir «que, cuando se trata de resolver conflictos entre bienes o derechos (o entre los principios que los expresan: X e Y) y tenemos que decidir si la medida M está o no justificada, los «lugares» a los que tenemos que acudir (que podrían traducirse también en «preguntas críticas» que hacerse) son: «la medida más idónea para alcanzar X»; «no hay otra medida M que permita satisfacer X sin lesionar Y»; «en las circunstancias del caso (o en abstracto) X pesa más –es más importante que Y»; etcétera» (Ibíd., p. 156).

Sin embargo, Atienza critica la fórmula del peso de Alexy porque incurriría en un error retórico, de presentación: «la "fórmula del peso", con sus asignaciones de valores numéricos, multiplicaciones, cocientes, etc., no es más que un uso metafórico del lenguaje matemático, que no aporta nada en términos de rigor, pero que puede contribuir a la confusión, en cuanto ha llevado a pensar a muchos (aunque no sea esto exactamente lo que piense Alexy) que la clave de la argumentación en esos casos radica en la fórmula en sí, y no (como parecería obvio que tendría que ser) en la atribución de los valores respectivos: por qué aceptar, por ejemplo, que la afectación a tal principio es leve, moderada o intensa y que, en consecuencia, se le debe atribuir el valor 1, 2 ó 4, etc. […] Uno de los inconvenientes de no ver así las cosas es el de complicarse la vida inútilmente, hacer de esa fórmula un uso completamente innecesario. Problemas jurídicos que podrían resolverse con medios argumentativos, digamos, más sobrios llevan ahora a algunos tribunales a extensísimas motivaciones dirigidas probablemente a transmitir a la audiencia la idea del alto nivel de preparación teórica de los jueces (y letrados) autores de las sentencias respectivas» (Atienza, 2010, pp. 50s.). De manera que, según Atienza, «esa doctrina alexyana, al menos tal como ha sido entendida por muchos juristas (no tanto por él), constituye un ejemplo bastante claro de lo que Vaz Ferreira llamaba la falacia de la falsa precisión [… La fórmula del peso] crea la falsa impresión de que los problemas ponderativos pueden resolverse mediante un algoritmo» (Atienza, 2017, p. 155).

3. El uso del examen de proporcionalidad como un conjunto de tópicos parece ratificarse en un reciente estudio empírico, cualitativo y cuantitativo, según el cual, el uso que se hace de aquel examen en varias cortes del mundo tiende a ser «integrador», antes que «secuencial», a diferencia del esquema canónico. Así, no siempre se culmina una etapa (por ejemplo, el examen de adecuación o el de necesidad) con un claro resultado positivo o negativo; tampoco, en caso de que el resultado sea negativo en una de las etapas, se suspende siempre el examen, sino que frecuentemente se continúa con la siguiente etapa; y no suele haber una etapa dominante, sino que a menudo contribuyen al resultado final más de una (Steiner, Lang y Kremnitzer, 2020, pp. 544ss.).

Los aspectos de la teoría alexyana de los principios que son objeto de la crítica de Atienza tienen que ver, sobre todo, con los denominados principios materiales, pero el autor alemán se ocupa también de los llamados principios formales[4]. Mientras que los primeros son principios relativos, por ejemplo, a derechos fundamentales o a bienes colectivos, entre los segundos están la democracia, la división de poderes, la seguridad jurídica, etc. En este trabajo, me enfocaré en este segundo tipo de principios.

Me plantearé como pregunta central la de cuál es el lugar –si acaso hay alguno– que el sentido común de los juristas ocupa en la teoría alexyana de los principios formales, específicamente, respecto de la presunción de constitucionalidad de la ley. Para ello, en lo que sigue, (1) reconstruiré lo que podría ser el núcleo del sentido común jurídico en torno a la presunción de constitucionalidad de las leyes; luego, (2) sintetizaré la teoría de los principios formales de Alexy; con ello, (3) trataré de responder a la pregunta central de este trabajo, relativa al lugar de la presunción de constitucionalidad de la ley en esa teoría; para finalmente (4) extraer algunas conclusiones.

1. LA PRESUNCIÓN DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY

1.1. Sobre las presunciones en el derecho

1.1.1. La reconstrucción de Ullman-Margalit

En su clásico artículo *On presumption*, Edna Ullman-Margalit teoriza sobre las presunciones en el contexto general de la deliberación práctica. Lo hace a partir de lo que podríamos llamar el núcleo del sentido común jurídico sobre las presunciones, o como dice la autora, el «núcleo duro del uso de las presunciones dentro del derecho», especialmente, del derecho probatorio: (Ullman-Margalit, 1983, p. 144).

Ante todo, conviene precisar que el sentido de «presunción» del que se ocupa la autora, y que es el relevante aquí, es el de *norma de presunción*, un tipo de razón operativa para la justificación de *acciones* (lo que presupone un contexto *práctico*). Quedan al margen, entonces, las presunciones entendidas como *proposiciones probabilísticas*, es decir, como razones encaminadas a la fundamentación de *creencias* (lo que presupone, en cambio, un contexto *teórico*[5]).

Así entendidas, las presunciones «funcionan como una vía de escape [*extrication…*], ante procesos de deliberación irresueltos. Lo que hacen es proporcionar un procedimiento para la decisión «por defecto [*by default*]»». Por ejemplo, «[u]n juicio penal es un proceso al final del cual los juzgadores de hechos deben alcanzar un veredicto inequívoco

4. En Atienza y Ruiz Manero, 2001, ellos trazaron una distinción similar entre «principios sustantivos» «principios institucionales».
5. Aunque este se desenvuelva en un contexto más amplio de carácter práctico, como sería el caso de una inferencia probatoria inserta en la justificación de una decisión judicial.

a favor o en contra del acusado, por inconcluyentes que puedan ser los elementos de prueba que ellos tengan enfrente. Hay un punto a partir del cual ya no se introducen, o ya no pueden introducirse, más elementos de prueba, y hay un momento en el que las deliberaciones de los juzgadores de hechos deben terminar. Si la evidencia es concluyente y no deja duda en su mente sobre la culpabilidad o la inocencia del acusado, no hay problema», pero, si la duda persiste, entra en juego la presunción de inocencia. Las reglas de presunción, entonces, introducen «un sesgo sistemático a favor de uno de los tipos de alternativas disponibles por encima del otro u otros»; una regla tal «puede ser vista, pues, como el reemplazo de la arbitrariedad por algo así como el pre-juicio racional» (Ibíd., pp. 154-157).

Para Ullman-Margalit, la presunción es una *regla* cuya estructura puede formularse de la siguiente manera:

> Dado que es el caso que *p*, tú (= el destinatario de la regla) procederás como si *q* fuera verdadero a menos que o hasta que tengas razones (suficientes) para creer que no es el caso que *q*. [Ibíd., p. 147]

La estructura de la regla de presunción tiene, entonces, una estructura condicional, pues el «hecho presunto» (la presunción «de que *q*») emerge si se prueba un «hecho base» o «hecho generador de la presunción», en otras palabras, si se verifica el supuesto: «*es el caso que p*» (Ibíd., p. 147).

El sintagma «*Procederás…*» dirigido a los «destinatarios de la regla» indica cuál es la naturaleza de esta: como se ha dicho, su finalidad es permitirnos salir de *impasses* deliberativos, pero la regla «no alude tanto a cómo *constatar* los hechos cuanto a cómo *proceder* sobre la base de ellos»; específicamente, la regla «manda a sus destinatarios tomar a una cierta proposición como verdadera con el propósito de tener un punto de apoyo (por así decirlo) para la acción. Dicho de otra manera, el mandato es el siguiente: dado *p*, haz de *q* una premisa en el razonamiento práctico relevante» (Ibíd., pp. 147s.).

El «*…como si q*» expresa que «la regla de presunción no implica compromiso con, ni garantía de, el valor de verdad del hecho presunto *q*. No formula exigencias a los sistemas cognitivos o epistémicos de sus destinatarios. La regla titula a alguien a considerar *q* como verdadero con el propósito de concluir su deliberación práctica sobre un asunto acuciante; no le compele ni le titula a creer que *q*»; en suma, «una regla de presunción *aprueba el paso práctico* de *p* a *q*» (Ibíd., p. 149).

El «*A menos que o hasta que…*» muestra que la regla de presunción contiene una «cláusula de refutación». «La regla debe ser entendida como algo que pone cierto mecanismo en movimiento. Pone a sus destinatarios en un determinado curso de acción, a saber, el de proceder a actuar bajo la suposición de que *q*. Este curso puede ser bloqueado solamente *si* (este es el sentido […del] «a menos que») o *una vez que* (este es el sentido […del] «hasta que») el destinatario de la regla tenga fundamento (suficiente) para creer que no es el caso que *q*. Cuando esto sucede, la presunción se refuta; mientras eso no ocurra, la presunción se mantiene y es operativa». Ahora bien, «[l]a cuestión de qué se necesita para llevar a cabo la refutación de una presunción alude a la asignación

de deberes, y de los correspondientes beneficios, por parte de la regla de presunción. Tiene que ver con las nociones gemelas de la *carga de la prueba* y del *beneficio de la duda*»: «En la medida en que la presunción no refutada sirva para promover la causa de una de las partes, denominada "proponente de la presunción", corresponderá a la otra parte, denominada «oponente de la presunción», el intentar refutarla […] Así, además del aspecto sustantivo de las reglas de presunción, a saber, el aprobar el paso práctico de *p* a *q*, tales reglas tienen también un aspecto procedimental, el de atribuir al oponente de la presunción la carga de aportar elementos de contraprueba». «[E]s importante destacar la asimetría que compone el meollo del asunto: mientras que la presunción (de que *q*) y el mandato correspondiente (proceder como si *q*) se activan *en ausencia de* ciertas razones para creer, es solamente *la posesión de* ciertas razones para creer lo que refuta la presunción y cancela el mandato. Cuando uno tiene razones para creer suficientes para fundamentar la acción, no hay problema de deliberación alguno; es para viabilizar la acción en ausencia de tales razones para lo que las reglas de presunción afloran» (Ibíd., pp. 149-152).

Como se ha dicho, la presunción de que *q* es refutada cuando el destinatario de la regla de presunción tiene razones *suficientes* para creer que no-*q*. Lo que cuente como «suficiente» variará según el *peso* de las razones para creer requeridas para la refutación, ese peso determinará, entonces, la *fuerza* de la presunción. «Así pues, una regla de presunción relativa a una presunción fuerte se expresará [así…] «Dado que *p*, procederás como si *q* a menos que o hasta que tengas una razón *concluyente* para creer que no-*q*». De manera similar, la regla de presunción relativa a la presunción de una fuerza intermedia se redactará en términos de *buenas* razones para creer o razones para creer *prima facie*; y la regla relativa a una presunción débil, en términos de *alguna* razón para creer». La fuerza de las presunciones «puede describirse más correctamente, entonces, mediante una balanza que, debido a la regla de presunción y al sesgo inherente a ella, tiene su fiel *inicialmente* inclinado hacia uno de sus lados (hacia el lado de *q*), balance que puede invertirse únicamente si se coloca cierto peso sobre el otro lado: si se tiene alguna razón para creer que no-*q* en el caso de una presunción débil, buenas (prima facie) razones para creer no-*q* en el caso de una presunción de fuerza intermedia, o una razón totalmente concluyente para creer que no-*q* en el caso de las presunciones fuertes. Esta imagen de una balanza imaginaria inclinada previamente a cualquier pesaje es transmitida por el 'pre-' de presunción. Y es la fuerza de la presunción la que determina el peso requerido para invertir el balance». «En cuanto a la cuestión de los factores que determinan la diversidad de fuerzas de las presunciones, estos tienen que ver con la fuerza relativa de las consideraciones en las que se basa la justificación de cada presunción, así como con la 'labor' que se espera que cada una desempeñe» (Ibíd., pp. 152-154).

La justificación de una regla de presunción puede basarse en dos tipos de consideraciones principales. El primer tipo corresponde a las consideraciones de lógica inductiva y probabilidad, estas tienen que ver con la probabilidad de la ocurrencia de un tipo de hecho dada la ocurrencia de otro, de manera que «la posibilidad de error (es decir, de proceder sobre la base de *q* no siendo de hecho *q* el caso) se reduce mediante reglas

de presunción relativas a presunciones ajustadas al balance normal de probabilidades». Las consideraciones de tipo inductivo-probabilístico, sin embargo, «no pueden, por sí solas, […] justificar el establecimiento de una regla de presunción»; si lo hicieran, «lo que tendríamos en nuestras manos sería tan solo un consejo práctico ajustado a ciertos cánones de razonamiento inductivo y no una regla de presunción propiamente dicha». En cambio, «las consideraciones del segundo tipo, las normativas, pueden incluso superar a las del primero y llevar a la adopción de una presunción de que *q* a pesar de que las probabilidades puedan apoyar no-*q*. […] Es la justificación de las presunciones en términos normativos la que toca al […] núcleo del concepto de presunción. Si el primer tipo de consideraciones tenía que ver con la *probabilidad* de error, este tipo normativo de consideraciones tiene que ver con la *aceptabilidad* del error. Las reglas de presunción operan en situaciones en las que las acciones deben decidirse a la luz de información insuficiente y, a menudo, bajo presiones y restricciones externas. Los errores (es decir, proceder sobre la base de *q* cuando no-*q* es de hecho el caso, y viceversa) están predestinados a ocurrir. La cuestión no es evitar errores; en el mejor de los casos la cuestión es reducir su número. Mas una cuestión diferente es si se prefiere un tipo de error sobre los otros, con fundamento en valores morales u objetivos sociales». Las consideraciones valorativas son aptas para justificar sesgos sistemáticos y genéricos a favor de proceder erróneamente en una dirección antes que en otra. «De ahí la presunción de inocencia [… que] puede concebirse, al igual que otras, como un dispositivo correctivo: como la regulación por adelantado de la dirección de los errores, allí donde los errores son tenidos como inevitables» (Ibíd., pp. 157-159).

1.1.2. Los desarrollos de Aguiló

De manera muy concordante con la reconstrucción de Ullman-Margalit, Josep Aguiló sintetiza su comprensión de las normas de presunción –distinguiéndolas de las presunciones *hominis*, relativas a las inferencias probatorias encaminadas al establecimiento de la verdad de los hechos– en varias tesis generales que abrevio a continuación:

1) Las normas de presunción operan estrictamente como tales en el ámbito del razonamiento práctico de sus destinatarios; y éstos son sujetos llamados a actuar en algún sentido.
2) […]
3) Sin la noción de proceso decisorio, las normas de presunción carecen de sentido […]
4) El sentido de las normas de presunción es establecer la verdad procesal (o una verdad en el proceso); es decir, obligan al juez, bajo ciertas circunstancias, a tomar como probado o no probado un hecho. Constituyen, por tanto, puntos de partida y de llegada en un proceso decisorio.
5) Las verdades procesales (en el proceso) son derrotables, vencibles.

6) En los procesos contradictorios, los deberes del juez relativos a las verdades procesales se traducen en un 'no tener que probar' o en un 'tener que probar' para las partes en conflicto; es decir, en beneficios y cargas procesales. En este sentido, siempre benefician (facilitan) las pretensiones de una parte y perjudican (dificultan) las pretensiones de la otra. Por ello, siempre y necesariamente tienen una dimensión de distribución de la carga de la prueba y/o de la argumentación.
7) La relación entre la verdad procesal establecida por una norma de presunción y la probabilidad de la verdad material del hecho presunto es contingente, es decir, no necesaria; en consecuencia, la obligación de aceptar una verdad procesal no depende de la aceptación de una cierta probabilidad de verdad en sentido material. [Aguiló, 2006, pp. 19s.]

En opinión de Aguiló, las normas de presunción tienen un «carácter bifronte», *constitutivo* y *regulativo*: Por un lado, el hecho presunto establecido por las normas de presunción es un hecho *constituido*, un resultado institucional («en las circunstancias X, se presumirá la verdad de P»: establecen qué cuenta como hijo, como un fallecido, como un inocente, etc.); vistas así, las normas de presunción son normas puramente constitutivas que sirven de razones auxiliares en el razonamiento práctico del juez y no de razones operativas. Pero, por otro, las normas de presunción *regulan* el proceso, estableciendo ciertas verdades procesales, imponiendo deberes al juez y fijando la carga de la prueba y/o la argumentación («en las circunstancias X, la carga de la prueba de –P corresponde a Y»); desde esta perspectiva, las normas de presunción guían la conducta de los sujetos procesales y, por tanto, son normas de Derecho procesal que sirven de razones operativas en el razonamiento de aquellos. (Aguiló, 2018, pp. 220s.)

Por otro lado, para Ullman-Margalit, las normas de presunción tienen una estructura condicional, es decir, una estructura de *reglas*. Aguiló, sin embargo, hace notar que en el derecho hay, además, presunciones que tienen una estructura categórica, es decir, una estructura de *principios*: estos tienen condiciones de aplicación que derivan exclusivamente de su contenido y, en este sentido, los principios establecen mandatos incondicionados, mientras que las reglas sí cuentan con condiciones de aplicación adicionales a (que van más allá de) las que derivan de su propio contenido, por lo que ellas establecen mandatos condicionados (Aguiló, 2006, p. 23). De manera que, para este autor, en las «presunciones-regla», «el deber del juez de asumir la verdad procesal (de dar por probado el hecho presunto) está sometido a una condición: la prueba del hecho base. Si no se prueba el hecho base, no surge el deber de presumir» (Ibíd., 2018, p. 218), como, por ejemplo, las reglas de presunción contenidas en el art. 194 del Código Civil español sobre la declaración de fallecimiento (Ibíd., 2006, p. 23). En cambio, en las «presunciones-principio», «el deber del juez de dar por probado el hecho presunto no está sometido a la prueba de ningún hecho base. […] Ocurre, por tanto, lo mismo que con los principios en general: operan siempre que son relevantes; la presunción despliega su eficacia siempre que es relevante» (Ibíd., 2018, p. 218).

Debido a esto, escribe Aguiló, si a las presunciones-principio «les diéramos una estructura hipotética o condicional entonces obtendríamos una norma redundante. Su formulación sería así: 'Si alguien es acusado, entonces debe presumirse la inocencia del acusado'; 'Si alguien es un poseedor, entonces debe presumirse la buena fe en la posesión'; 'Si algo es una ley, entonces debe presumirse la constitucionalidad de la ley'… Si suprimimos todos esos antecedentes, conservamos exactamente las mismas normas. ¿Qué ordenan todas ellas? Lo mismo que las presunciones-regla pero sin someter la obligación a condición alguna; es decir, obligan a asumir una verdad procesal (a dar un hecho por probado, el hecho presunto). […] Estas presunciones no imponen ninguna creencia sobre la sustancia de fondo, sino más bien un 'no está probado que'. En puridad sería mejor hablar de presunción de no culpabilidad, de no mala fe, de no inconstitucionalidad o de no ilegalidad». Este deber se traduce en cargas de la prueba y/o de la argumentación para quien alega la culpabilidad, la mala fe, la inconstitucionalidad o la legalidad (Ibíd., 2006, pp. 24s.).

Es patente que en el sentido común de los juristas está presente la noción de presunción-principio por cuanto, como dice el autor, «es fácil comprobar la naturalidad con la que los juristas se refieren a ellas como principios. La presunción de inocencia, la de la buena fe, la de la constitucionalidad de las leyes, la de la legalidad de los actos administrativos, etc., tienen la consideración de principios procesales: conforman en gran medida el proceso y se traducen en cargas de la prueba y/o de la argumentación para quien alega la culpabilidad, la mala fe, la inconstitucionalidad o la ilegalidad» (Aguiló, 2018, p. 219).

1.2. Sobre la presunción de constitucionalidad de la ley para el juez constitucional

Basado en lo anterior, intentaré ahora bosquejar las asunciones compartidas básicas de los juristas acerca de cómo la presunción de constitucionalidad de la ley (también, «presunción examinada») opera especialmente en los procesos judiciales en los que se impugna dicha constitucionalidad; vale decir, esbozaré una reconstrucción de lo que podría ser el núcleo del sentido común de los juristas en esa materia.

1.2.1. Función y naturaleza de la presunción examinada

La presunción de constitucionalidad de la ley es una norma de carácter bifronte. Por un lado, es una norma puramente constitutiva que establece qué cuenta como ley constitucionalmente válida. Mas, por otro lado, es una norma regulativa de carácter procesal que guía la conducta de quienes intervienen en un proceso en el que se impugna la constitucionalidad de una ley. Aquí nos interesa esta segunda faceta, la regulativa. Desde esta perspectiva, la presunción examinada es un *principio*, cuyos destinatarios son, por

un lado, la Corte Constitucional o Suprema según el caso (en adelante, «la Corte») y, por otro, las partes procesales. En consecuencia, aquel principio está llamado a servir de razón operativa en el razonamiento de los sujetos mencionados a la hora de justificar sus decisiones.

Respecto de la Corte, el indicado principio proporciona una decisión «por defecto», que sirve como «vía de escape», siempre que se presente un *impasse* deliberativo respecto de si es inconstitucional una determinada ley, debido a las limitaciones institucionales a las que está sometida a la decisión de la Corte, en cuanto a la información relevante y al tiempo. Dicho principio introduce un «sesgo sistemático» en el proceso decisorio, pero aquel no reemplaza sin más la deliberación, ya que solamente opera si esta no ha sido posible alcanzar, con certeza, alguna convicción acerca de la validez constitucional de la ley impugnada. De ahí que, para los juristas, la presunción examinada pueda resumirse en la máxima *in dubio pro legislatore* (Ferreres, 2007, p. 131): ella opera solo en casos de incertidumbre, de duda.

Por cuanto consiste en un *principio*, la presunción examinada es eficaz siempre que ella sea relevante, es decir, su aplicación no está condicionada a la verificación de ningún hecho base. En particular, estamos ante un principio *procesal*; en esa medida, de una parte, la presunción examinada envuelve un contenido axiológico que irradia el conjunto del proceso de inconstitucionalidad de la ley, o sea, tiene profunda incidencia en la configuración de aquel; y, de otra parte, el alcance de tal incidencia depende del balance entre el principio que nos ocupa y otros principios que potencialmente pueden colisionar con aquel, como se verá luego.

1.2.2. El mandato presuntivo

La formulación del mencionado principio podría ser esta: *En un proceso de inconstitucionalidad de leyes, la Corte está obligada a decidir como si la ley fuese constitucional a menos que o hasta que tenga razones suficientes para creer que la ley es inconstitucional*. Se puede ver que la estructura del principio que nos ocupa se integra de dos elementos: el mandato presuntivo, que obliga a la Corte a decidir «*como si…*»; y la cláusula de refutación, que establece que la presunción se mantiene activa «*a menos que o hasta que…*». Se encuentra ausente, como se anticipó, el hecho base, propio de las presunciones con el carácter de regla.

Respecto del mandato presuntivo, cabe precisar que el principio de presunción examinado no obliga a la Corte a *creer* que la ley es constitucional; como sostiene Aguiló, «'obligar a creer' suena muy raro porque creer no es actuar y no se ve cómo la norma podría obligar a eso» (Aguiló, 2018, p. 212). A lo que obliga es a dar por constitucional la ley, es decir, a decidir *como si* la ley fuese constitucional, mas no a *creer* que lo es. La decisión resultante de aplicar el principio de presunción examinado no implica, por tanto, la convicción de que la ley es efectivamente constitucional. Por ello, de manera más precisa, habría que hablar de presunción de *no inconstitucionalidad*.

Dado que la presunción examinada es un principio, es dable que ella colisione con otros principios, especialmente, con los relativos a derechos fundamentales; y que, en algunos casos, la ponderación dé como resultado el *desplazamiento* de la presunción.

1.2.3. La cláusula de refutación y la carga de la argumentación

En la estructura del principio de presunción examinado también está inserta, como se dijo, una *cláusula de refutación*: «*a menos que o hasta que…*» (el «*hasta que…*» podría ser pertinente en sistemas constitucionales donde la Corte puede dictar cautelarmente la suspensión de los efectos de la ley cuya inconstitucionalidad se impugna). Dicha cláusula indica las condiciones necesarias bajo las cuales el mecanismo de la presunción de constitucionalidad de la ley se desactiva. Lo que constituye, desde luego y como ya se ha dicho, un mandato encaminado a regular el razonamiento de la Corte, pero también afecta a las partes procesales: en virtud de dicha cláusula, la pretensión de quien demanda la inconstitucionalidad de la ley se ve dificultada porque a esa parte le corresponde «probar» dicha inconstitucionalidad, es decir, le toca desactivar la presunción, mientras que a la parte demandada no, y debido a ello, la pretensión de esta última se ve facilitada. Se sigue, así, que la cláusula de refutación regula la *carga de la argumentación*, en la que incluyo a la carga de la prueba[6], colocándola sobre la parte que propone la inconstitucionalidad de la ley y no sobre la parte que se opone a ella.

Adicionalmente, la cláusula de refutación incorpora el cualificador «suficiente». Este representa el *peso* de las razones para creer requeridas para desactivar la aplicabilidad del principio de presunción examinado, las que constituyen el *estándar de refutación* contenido en la cláusula y determinan la *fuerza* con que opera la presunción. La cláusula no exige un grado cierto de «suficiencia» de las razones refutadoras, ese grado dependerá, en cada caso, de la ponderación entre el principio de presunción examinado y los principios que colisionen con él, especialmente, los relativos a derechos fundamentales. Debido a tales ponderaciones, entonces, no solo que, como antes se dijo, es dable el *desplazamiento* (del mandato presuntivo), sino también la *atenuación* (del estándar de refutación) del principio que nos ocupa. Estos dos fenómenos, sin embargo, son diferentes a la *refutación* de aquel principio: en los casos en que la presunción de constitucionalidad de la ley es refutada (desactivada), por un lado, se presupone que el principio no ha sido desplazado y, por otro, la refutación es algo independiente de si aquel ha sido atenuado.

6. Además de por facilidad expositiva, lo hago porque me parece que, en general, la actividad probatoria es primordialmente (aunque no solo) de índole argumentativa; y porque, en particular, cuando se trata de los procesos judiciales sobre la inconstitucionalidad de leyes, no es frecuente que la prueba de los hechos sea muy relevante.

1.2.4. Las reglas *de presunción de (in)constitucionalidad de la ley*

Como producto de las ponderaciones entre el principio de presunción examinado y los relativos a derechos fundamentales, en la práctica jurídica de muchos países, han surgido *reglas* de presunción de constitucionalidad, así como de presunción de *in*constitucionalidad, de la ley. Ambas clases de regla se caracterizan porque, además del *mandato presuntivo* presente en el principio de presunción que nos ocupa, ellos tienen un «hecho base», dado por ciertos *tipos de caso*, y una *condición de refutación* más o menos determinada[7].

Allí donde el principio de presunción examinado prevalece sobre el principio de derecho fundamental, se concretan las que podemos llamar *reglas de deferencia al legislador*, cuya formulación general sería la siguiente: *En un proceso de inconstitucionalidad de leyes, si se da el caso C, entonces la Corte está obligada a decidir como si la ley fuese constitucional a menos que o hasta que tenga X grado de razones para creer que la ley es inconstitucional*. El «grado X», según se ha dicho, puede ser el resultado de la *atenuación* provocada por el principio de derecho fundamental. En todo caso, siempre que una regla de deferencia al legislador es aplicable, lo es también el principio de presunción de constitucionalidad de la ley[8].

Pero, en aquellos casos en que el principio que nos ocupa es *desplazado* por el principio de derecho fundamental, se gestan, en cambio, las que podemos denominar *reglas de desafío al legislador*[9], cuya formulación general sería la siguiente: *En un proceso de inconstitucionalidad de leyes, si se da el caso C, entonces la Corte está obligada a decidir como si la ley fuese* ***in****constitucional a menos que o hasta que tenga X grado de razones para creer que la ley es constitucional*. Como puede advertirse, estas (contra)reglas de presunción también comprenden tres elementos, similares a los de la anterior clase de reglas, salvo porque apuntan en el sentido contrario: delimitan los *tipos de caso* en que la Corte debe cumplir el *mandato presuntivo* consistente en la obligación de decidir como si la ley fuese *in*constitucional, así como especifican un *estándar de refutación* que debe satisfacer quien lleva la carga de la argumentación, o sea, el que se opone a la inconstitucionalidad, dificultándole el triunfo de su pretensiones y favoreciéndoselo, en cambio, a quien propone aquella inconstitucionalidad.

7. De manera similar opera, en el proceso penal, el principio de presunción de inocencia, el que se especifica en reglas aplicables a diferentes contextos de decisión, como el relativo a la resolución sobre la prisión preventiva, a la sentencia, etc. El principal contraste entre dicho principio y el principio de presunción que nos ocupa descansa en la correspondencia de este último con la dimensión autoritativa del derecho y la del primero con la dimensión sustantiva del mismo, pues se trata de un derecho fundamental; de donde parecería surgir una asimetría entre esos dos principios: mientras que la presunción de constitucionalidad de la ley puede no ser aplicable en determinados casos, es decir, puede justificarse la existencia de reglas de presunción de *inconstitucionalidad* de la ley, el principio de presunción de inocencia no estaría limitado en su aplicación por reglas de presunción de *culpabilidad*.
8. La aplicabilidad de este como de todo principio es mediata, pues la norma aplicada inmediatamente es la correspondiente regla que aquel principio fundamenta.
9. Tomo la oposición entre deferencia [*deference*] y desafío [*defiance*] al legislador de Aileen Kavanagh, 2008.

Con esta reconstrucción de la presunción de constitucionalidad de la ley como *principio* es incompatible la concepción que J. B. Thayer sostuvo en su célebre artículo *The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law*, de 1893. Allí propuso la tesis de que las cortes se guían por la «regla» de que «[e]llos solo pueden desestimar la ley cuando quienes tienen el derecho de expedirla cometieron, no un mero error, sino un error claro, tan claro que su ocurrencia no puede ser cuestionada racionalmente» (Thayer, 1893, p. 144), es decir, si las cortes consideran que la ley es inconstitucional «más allá de la duda razonable», esta es «la que permanece en la mente de una persona competente y debidamente instruida que ha aplicado cuidadosamente sus facultades a la cuestión» (Ibíd., p. 149). Esta constituye, no un principio, sino una regla de presunción, en primer lugar, porque se aplicaría a todos los casos en los que se cuestione la constitucionalidad de una ley, dejando así de lado la consideración del peso que podrían tener principios que operen en un sentido opuesto y, por tanto, la posibilidad de un desplazamiento de la presunción; y, en segundo lugar, porque la cláusula de refutación contiene un estándar de refutación específico, el de «más allá de la duda razonable».

Thayer argumentó arduamente a favor de que su tesis constituía la opinión generalizada de la jurisprudencia estadounidense de la época. Haya sido o no así, lo cierto es que, en la actualidad, la jurisprudencia de los Estados Unidos es diferente y se aproxima a nuestra reconstrucción, como lo muestran los conocidos tres «niveles de escrutinio» usados por la Suprema Corte de los Estados Unidos en la *judicial review* cuando están de por medio derechos fundamentales. De menor a mayor intensidad, esos niveles son: el *rational basis test*, el *intermediate scrutiny* y el *strict scrutiny*. Esta doctrina, que ha sido acogida, *mutatis mutandis*, por muchas cortes en distintas partes del mundo (véase, Barak, 2012, *passim*), puede interpretarse como un complejo de reglas de presunción resultantes del balance, respecto de varios tipos de caso, entre el principio de presunción de constitucionalidad de la ley y los derechos fundamentales.

Así, el *rational basis test* se aplica cuando las leyes son impugnadas bajo la cláusula del debido proceso o de la cláusula de igual protección (tipos de caso), y ordena que la ley debe ser tenida como constitucional (mandato presuntivo) a menos que ella no sirva a ningún propósito legítimo concebible o no constituya una manera razonable de lograr ese fin (cláusula de refutación). El *intermediate scrutiny*, por su parte, se aplica en la evaluación de leyes sospechosas de discriminación en razón de género, discriminación contra niños de fuera del matrimonio, discriminación contra niños extranjeros indocumentados y la regulación sobre la expresión en materia de comercio y en foros públicos (tipos de caso); este nivel de escrutinio ordena que la ley debe ser tenida como *in*constitucional (mandato presuntivo) a menos que ella tenga una relación sustancial con un propósito estatal importante y que constituya un medio más que razonable, y diseñado estrictamente, para alcanzar ese fin (cláusula de refutación). Finalmente, el *strict scrutiny* se aplica en la evaluación de leyes sospechosas de discriminación con base en la raza, el origen nacional (generalmente contra extranjeros) y de leyes que interfieren con derechos fundamentales como el sufragio, el libre tránsito, la privacidad o la libertad

de expresión (tipos de caso); según este nivel de escrutinio, es obligatorio tener a la ley como *in*constitucional (mandato presuntivo) a menos que ella sirva para alcanzar un propósito estatal imperioso y constituya un medio necesario, por ser el menos restrictivo o menos discriminatorio, para alcanzar ese fin (cláusula de refutación)[10]. (Véase, Chemerinsky, 2006, pp. 540-542).

De manera similar, el Tribunal Constitucional Federal de Alemania ha establecido tres «criterios de control» de constitucionalidad de leyes cuando están involucrados derechos fundamentales; respectivamente: *control de evidencia*, *control de justificabilidad* y *control material intensivo*. Estos también pueden ser interpretados como un complejo de reglas de presunción producto del balance, en torno a varios tipos de caso, entre el principio de constitucionalidad de la ley y los derechos fundamentales. Así, el control de evidencia es usado, entre otros casos, en la interpretación de la cláusula de reunificación, del principio universal de la igualdad como interdicción de la arbitrariedad o de los principios generales de la Constitución (tipos de caso); de acuerdo con este criterio, es obligatorio que la Corte tenga a la ley como constitucional (mandato presuntivo) a menos que «inequívocamente», «sin duda», «evidentemente» no lo sea (condición de refutación). El control de justificabilidad se usa en situaciones relativas a regulaciones complejas, predominantemente en el terreno económico y fiscal (tipos de caso), y establece la obligación de la Corte de tener a la ley como constitucional (mandato presuntivo) a menos que las razones a favor de la constitucionalidad no sean al menos «plausibles» (condición de refutación). Y el control material intensivo es usado en asuntos relativos a protección de los derechos fundamentales protegidos sin ningún tipo de reserva –libertad de conciencia, derecho a la producción o creación científica y artística–, así como en materia de libertad personal –libertad de movimiento, vida, integridad física–, de las necesidades básicas –alimentación, vestido, vivienda– o de las posibilidades de desarrollo personal –acceso a las profesiones, elección de centros de enseñanza– (tipos de caso); según este criterio, la Corte está obligada a tener como *in*constitucional la ley (mandado presuntivo) a menos que las razones a favor de la constitucionalidad ofrezcan una elevada seguridad (condición de refutación)[11]. (Véanse, Schneider, 1982, pp. 42-45; Bernal, 2005, pp. 436s.; Lopera, 2007, pp. 237s.)

Las dos tríadas relativas al control de constitucionalidad de leyes que afectan derechos fundamentales, la estadounidense y la alemana, confirman la reconstrucción del sentido común de los juristas en torno a la presunción de constitucionalidad de la ley que propongo: esta presunción constituye un principio que se pondera con los relativos a derechos fundamentales dando como resultado diversas reglas de presunción. El *rational basis test*, el *control de evidencia* y el *control de justificabilidad* muestran la existencia

10. En la práctica, el uso de los niveles de escrutinio usados por la Suprema Corte no se ciñe estrictamente a lo aquí descrito, sino que puede advertirse una mayor pluralidad de niveles (Chemerinsky, 2006, pp. 542s.).
11. El Tribunal Constitucional Federal de Alemania no siempre distingue en sus sentencias con claridad estos tres niveles de intensidad en el control (Clérico, 2009, p. 73).

de reglas de deferencia al legislador, es decir, de casos genéricos en los cuales el principio de presunción examinado no resulta desplazado por la exigencia del mayor escrutinio posible que proviene de los principios vinculados a derechos fundamentales; en todos esos casos, la Corte debe presumir que la ley es constitucional a menos que se satisfaga el correspondiente estándar de refutación, cuyo grado de exigencia, sin embargo, dependiendo de cada caso genérico, es atenuado con mayor o menor intensidad. Mientras que el *intermediate scrutiny*, el *strict scrutiny* y el *control material intensivo* muestran la existencia de reglas de desafío al legislador, es decir, de casos en los cuales el principio de presunción examinado es desplazado por los principios atinentes a derechos fundamentales, aunque, dependiendo del caso, el resultado de la ponderación arroja reglas de presunción favorables a esos derechos con estándares de refutación de diversos grados.

Esta dinámica del principio de presunción examinado en relación con los derechos fundamentales muestra que, tanto las reglas de deferencia, como las reglas de desafío al legislador, pueden envolver presunciones con distintos grados de fuerza, como sugería Ullman-Margalit. De modo que, tales reglas pueden contener estándares de refutación *altos*, como el de «más allá de la duda razonable» de Thayer (inspirado en el proceso penal); *bajos*, parecido al de la «prueba prevaleciente o preponderante» (que se usa en el proceso civil); o intermedios (como el que se defiende en Ferreres, 2007, pp. 151ss.)

1.2.5. Fundamento de la presunción examinada

Corresponde, ahora, abordar el porqué del principio de presunción de constitucionalidad de la ley. A este respecto, cabe decir que, en términos muy gruesos, el fundamento detrás de aquel es la democracia, y que las razones más finas detrás de aquel van a depender de la concepción filosófico-política que sobre ella se asuma. Tema que se ubica más allá del ámbito del presente trabajo, que alude a la teoría de los principios de Alexy y no a su teoría de la democracia.

Lo que sí puede decirse aquí son dos cosas. En primer lugar, que los dos tipos de consideraciones principales que Ullman-Margalit señalaba como posibles fundamentos de las presunciones en general pueden concurrir respecto del principio de presunción de constitucionalidad de la ley. La pertinencia de las *consideraciones normativas* es obvia, al ser la democracia un valor constitucional. Y la de las *consideraciones inductivo-probabilísticas* vendría dada por dos vías: por un lado, debido a la mayor accesibilidad que tienen las instituciones políticas a la información empírica relevante para evaluar la constitucionalidad de una ley; y, por otro lado, debido al valor epistémico que varias teorías políticas reconocen al proceso político democrático.

Y, en segundo lugar, que tanto en las reglas de deferencia como en las de desafío al legislador, la carga de la prueba y el estándar de refutación distribuyen el riesgo de error judicial, ineliminable por naturaleza, con base en consideraciones normativas. En aras de la democracia, las reglas de deferencia al legislador, al igual que el principio de presunción examinado, prefieren que la Corte yerre al declarar constitucional una ley

que realmente ha sido inconstitucional, a que lo haga en sentido contrario. Mientras que, en pro de la justicia sustantiva, las reglas de desafío al legislador prefieren, en determinados tipos de caso, que la Corte yerre al declarar *in*constitucional una ley que realmente ha sido constitucional, a que lo haga en el sentido contrario.

2. LOS PRINCIPIOS FORMALES EN ALEXY

2.1. La teoría de los principios, en general

Como es bien conocido, para Alexy, las reglas son *mandatos definitivos* mientras que los principios son *mandatos de optimización* o *mandatos prima facie* (Alexy, 2002b, pp. 86s. y 99). ¿Qué entender por «mandatos» «de» «optimización»? Desde la *Teoría de los derechos fundamentales*, de 1985, Alexy advirtió que usaba «mandato» en un sentido amplio, que abarca también permisiones y prohibiciones (Alexy, 2002b, p. 86). Pero fue en *Zur Struktur der Rechtsprinzipien*, trabajo publicado en 2000, cuando aclaró lo que quería decir la preposición «de»: «[r]esulta necesario diferenciar los mandatos que se optimizan y los mandatos de optimización […] Los principios, en tanto objetos de la ponderación, no son entonces mandatos de optimización, sino mandatos que se optimizan o mandatos a optimizar. Como tales, contienen un deber ser ideal, todavía no contienen un deber ser relativo a las posibilidades fácticas y jurídicas. Sin embargo, tiene todo el sentido referirse a los principios como mandatos de optimización» (Alexy, 2003c, pp. 108s.). Hablando de manera precisa, entonces, los principios son *mandatos a optimizar*. Por lo que respecta al concepto de «optimización», desde la *Teoría de los derechos…*, se estableció una equivalencia entre ese concepto y la máxima de proporcionalidad[12] (Alexy, 2002b, p. 111). Por lo que podría decirse que los principios son *mandatos a proporcionalizar*. Para explorar en profundidad el sentido de la optimización, entonces, hay que incursionar en el contenido de las tres máximas parciales que integran la máxima de proporcionalidad: la de la adecuación o idoneidad, la de la necesidad y la de la proporcionalidad en sentido estricto. Por ser muy conocidas, aquí lo haré de manera sinóptica[13].

En las dos primeras máximas consiste, según Alexy, la optimización de los principios respecto de las posibilidades fácticas (Alexy, 2002b, pp. 112s.). El autor es enfático al sostener que, si bien esas dos máximas «expresan la pretensión, contenida en el concepto de principio, de alcanzar la mayor realización posible de acuerdo con las posibilidades fácticas», esto «tiene muy poco que ver con un 'punto máximo'». Así, por lo que respecta a la máxima de la adecuación, el autor aclara que esta «no consiste en navegar hacia un punto máximo» (Alexy, 2002a, pp. 27s.), sino que «establece un límite negativo» (Alexy,

12. Aunque es usual denominar a esta máxima «principio de proporcionalidad», sin embargo, no se trata de un «principio» en el sentido de Alexy, por lo que es preferible no usar aquí ese rótulo.
13. Un examen extenso lo realicé en Lozada, 2016.

2002b, p. 62), por lo que «tiene más bien el *status* de un criterio negativo, mediante el cual se puede detectar qué medios no son idóneos. Un criterio de esta naturaleza no lo fija todo, sino que únicamente excluye algo: los medios no idóneos […], su función consiste en excluir lo no idóneo, sin que de este modo llegue a fijarlo todo». En tal virtud, esa máxima no es sino la expresión de «la idea del óptimo de Pareto: una posición puede ser mejorada, sin que otra empeore» (Alexy, 2002a, p. 28). Y, en lo concerniente a la máxima de la necesidad, en palabras del autor, esta «también es una expresión de la idea del óptimo de Pareto. A causa de la existencia de un medio más benigno e igualmente idóneo, puede mejorarse una posición sin que esto represente costes para la otra». Sin embargo, ha de tenerse en cuenta que, de manera similar a lo que ocurría con la máxima de la adecuación, según la máxima de la necesidad, «[a]l legislador no le está categóricamente prescrito adoptar el medio más benigno. Únicamente se afirma que si el legislador quiere perseguir su fin sólo puede adoptar el medio más benigno, o un medio igualmente benigno o un medio un poco más benigno. No se trata de una optimización hacia ningún punto máximo, sino simplemente de la prohibición de sacrificios innecesarios» (Ibíd., p. 29); esta máxima opera, entonces, «de manera negativa» (Alexy, 2003b, pp. 63s.). Así definidas aquellas dos máximas, relativas a las posibilidades fácticas, quedan al margen de ellas «muchas cosas que en el lenguaje cotidiano designan lo fáctico –como por ejemplo lo económicamente deseable o ideas similares, o la socialización o la resocialización del hombre-», estas cosas «entran, como fines, a la segunda categoría, la de las posibilidades jurídicas» (Alexy, 2003a, pp. 92s.).

Por su parte, la optimización respecto de la las posibilidades jurídicas no consiste sino en la máxima de proporcionalidad en sentido estricto, la que, a su vez, no significa otra cosa que la *ponderación* (Alexy, 2002b, p. 112). Esta viene dada, para nuestro autor, por tres construcciones argumentativas: (i) la *ley de colisión*, (ii) la *ley de la ponderación* y (iii) la *fórmula del peso*. Las dos primeras fueron expuestas desde la *Teoría de los derechos…* y la tercera desde el *Epílogo de teoría de los derechos fundamentales*, publicado en 2002.

Según la ley de colisión, «[l]as condiciones bajo las cuales un principio precede a otro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente». La formulación de la ley mencionada es esta: «Si el principio *P1*, bajo las circunstancias *C*, precede al principio *P2*: (*P1* **P** *P2*) *C*, y si de P1 bajo las circunstancias *C* resulta la consecuencia *R*, entonces vale la regla que contiene a *C* como supuesto de hecho y a *R* como consecuencia jurídica: $C \rightarrow R$» (Ibíd., p. 94).

La ley de la ponderación viene a complementar la ley de colisión, específicamente, en lo que respecta a cómo establecer la relación de precedencia condicionada, es decir, la premisa: «el principio *P1*, bajo las circunstancias *C*, precede al principio *P2*: (*P1* **P** *P2*) *C*». La ley de la ponderación tiene en cuenta que la optimización de los principios según sus posibilidades jurídicas hace que ellos tengan como límites a lo ordenado por principios opuestos, por eso, «la medida permitida de no satisfacción o de afectación de uno de los principios depende del grado de importancia de la satisfacción del otro». De manera que la ley de la ponderación reza: «Cuanto mayor es el grado de la no

satisfacción o afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro» (Alexy, 2002b, p. 161). Así, la ponderación se divide en tres pasos: En el primero, se define el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios. En el segundo, la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario. Y, en el tercero, si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro (Alexy, 2002a, p. 32). La optimización de acuerdo con las posibilidades jurídicas «significa, entonces, todo lo contrario a un mandato de alcanzar un punto máximo. Es bien cierto que los principios pretenden para sí todo lo posible. Sin embargo, optimizar los principios que entran en colisión no significa ceder ante ello, sino que, junto a la prohibición de sacrificios innecesarios, sólo exige que los sacrificios indispensables se justifiquen por lo menos con un grado equivalente de satisfacción del principio que en cada caso juegue en sentido contrario. Se trata de un criterio negativo» (Alexy, 2003b, p. 77).

Ahora bien, en el *Epílogo…*, Alexy completó la ley de colisión y la ley de la ponderación mediante otra metáfora, la conocida fórmula del peso:

$$GPi, jC = \frac{IPiC}{WPjC}$$

Donde *GPi,jC* significa el peso relativo del principio de derecho fundamental intervenido *Pi* respecto del principio *Pj* en el caso concreto C; *IPiC*, la intensidad de la intervención en *Pi* en *C*; y *WPjC*, la importancia de la satisfacción de *Pj* en C[14]. Estas dos últimas variables pueden valorarse según una «escala triádica»: si la valoración es alta, el valor numérico es 4; si es media, 2; y si es leve, 1. (Alexy, 2002a, pp. 31ss.).

2.2. Teoría de los principios y control de constitucionalidad de leyes: el margen de acción estructural

Pues bien, sobre la base de la reseñada teoría de los principios, Alexy desarrolla su teoría del control constitucionalidad de las leyes. Esta gira en torno a la idea de que el legislador tiene dos tipos de márgenes de acción, exentos de control por parte del Tribunal Constitucional, el *margen de acción estructural o material*, que abordaremos enseguida, y el *margen de acción epistémico o cognitivo*, que trataremos luego.

El margen de acción estructural es el delimitado por el «orden marco» establecido constitucionalmente: el *marco* es lo que está ordenado y prohibido definitivamente por la Constitución, de manera que, al interior del marco, se extiende el señalado margen, constituido por lo que no está ordenado ni prohibido, es decir, por lo que se confía a la discrecionalidad del Legislador (Alexy, 2002a, p. 21). El margen de acción estructural puede ser de tres tipos. En primer lugar, el «margen para la fijación de fines»

14. Por facilidad expositiva y dado que no es relevante para lo que viene, no incluyo aquí las variables correspondientes a los pesos abstractos de *Pi* y *Pj*: *GPiA* y *GPjA*, respectivamente.

se produce «cuando el derecho fundamental contiene una reserva competencial de intervención, que deja abiertas las razones para la intervención legislativa, o menciona las razones para intervenir, pero no ordena que se produzca la intervención legislativa, sino que sólo permite que esto suceda en caso de que concurran dichas razones» (Alexy, 2002a, p. 23). En segundo lugar, el «margen para la elección de medios» se genera cuando la Constitución ordena la ejecución de algunas conductas positivas para cuyo cumplimiento existen diversos medios alternativos «igualmente idóneos para alcanzar o fomentar el fin, y, desde la perspectiva de otros fines o principios relevantes, no tienen ningún efecto negativo o tienen algunos efectos negativos, pero estos no tienen un significado destacable» (Alexy, 2002a, p. 25). Y, en tercer lugar, el «margen para la ponderación», que es explicado mediante la fórmula del peso de la siguiente manera: si *GPi,jC* es mayor que 1, el principio concerniente al derecho fundamental intervenido *Pi* tiene prioridad sobre el principio opuesto *Pj*; esi es menor que 1, ocurre lo contrario; pero si es 1, o sea, en caso de «empate estructural», el legislador está permitido, tanto de interferir, como de no interferir en el derecho: es decir, tiene discrecionalidad y, por tanto, un margen de acción estructural para ponderar (Alexy, 2002a, pp. 31ss.).

2.3. La teoría de los principios formales

A partir de la exposición anterior, corresponde ahora explorar cuál es la particular operatividad que nuestro autor confiere a los principios formales.

Desde la *Teoría de los derechos…*, Alexy distinguió «entre *principios de contenido* o *materiales* y *formales* o *procedimentales*» (Alexy, 2002b, p. 133). En *Formal Principles: Some replies to critics*, un trabajo publicado en 2014, el autor deja en claro que, al igual que los principios materiales, los formales son también mandatos de optimización, y que la diferencia específica de los primeros estriba en que «sus objetos de optimización son ciertos contenidos, como, por ejemplo, la vida, la libertad de expresión, el mínimo vital, y la protección del ambiente. Por el contrario, los objetos de optimización de los principios formales son decisiones jurídicas sin tener en cuenta su contenido. Los principios formales requieren que la autoridad de las normas debidamente promulgadas y socialmente eficaces sea optimizada» (Alexy, 2019b, p. 270). Como postpositivista que es, Alexy atribuye al derecho una «naturaleza dual», integrada por dos dimensiones, la ideal o crítica, conectada con la corrección moral, y la real o fáctica, ligada a dos elementos, el origen autoritativo de las normas y la eficacia social (Alexy, 2010, p. 167). En consecuencia, «los principios formales se refieren a la dimensión real o fáctica del derecho» (Alexy, 2019b, p. 270) y los principios relativos a derechos fundamentales, cabe inferir, a la dimensión ideal o crítica.

También en *Formal Principles…*, Alexy afirma que la ponderación entre principios formales y materiales opera de manera diferente según el contexto en que se desenvuelva. Un primer contexto es el de la justicia de las normas (relativo a la conocida fórmula de Radbruch); ahí el principio material de justicia se pondera con el principio

formal de seguridad jurídica sin que este actúe conjuntamente con otro principio material. Como resultado de la ponderación: en el caso de normas injustas por debajo del umbral de la injusticia extrema, la seguridad jurídica precede a la justicia y, por ello, dichas normas son derecho; pero, en el caso de las normas injustas que superen aquel umbral, ocurre a la inversa y, por tanto, las normas extremadamente injustas ya no son derecho. A este modelo de ponderación entre principios materiales y formales, Alexy denomina «modelo puro, material y formal». (Alexy, 2019b, pp. 271s.; véase también, Alexy, 2010)

El segundo contexto es el de la derrotabilidad de las reglas, previsto en la *Teoría de los derechos…* a propósito de la explicación del diferente carácter *prima facie* que el autor reconoce a las reglas y a los principios: «Un principio es soslayado cuando en el caso que hay que decidir, un principio opuesto tiene un peso mayor. En cambio, una regla todavía no es soslayada cuando en el caso concreto el principio opuesto tiene un mayor peso que el principio que apoya la regla. Además, tienen que ser esquivados los principios que establecen que reglas que son impuestas por una autoridad legitimada para ello tienen que ser seguidas y que no debe apartarse sin fundamento de una práctica transmitida. Estos principios serán llamados 'principios formales'. Cuanto más peso se confiera en un ordenamiento jurídico a los principios formales, tanto mayor es el carácter *prima facie* de sus reglas. Sólo si a tales principios no se les diera ya ningún peso, lo que tendría como consecuencia el fin de la validez de las reglas en tanto tales, las reglas y los principios tendrían el mismo carácter prima facie» (Ibíd., 2019b, p. 100; véase también, 1997, p. 169). De manera que, en el contexto de la derrotabilidad de las reglas, se ponderan, por un lado, los principios formales de la seguridad jurídica, de la democracia y de la separación de poderes en combinación con el principio material que apoya la regla y, por otro lado, el principio material que se opone a la regla. Este modelo de ponderación es denominado «modelo mixto, material y formal» o «modelo combinado» (Alexy, 2019b, p. 272).

Y el tercer contexto corresponde al control de la constitucionalidad de leyes por parte del Tribunal Constitucional, del que nos ocuparemos enseguida. Con este se corresponde el llamado «modelo epistémico» de ponderación entre principios materiales y formales (Alexy, 2019b, p. 275).

2.4. Principios formales y control de constitucionalidad de leyes: el margen de acción epistémico

En el *Epílogo…*, Alexy sostiene que el *margen de acción epistémico* deriva «de los límites de la capacidad para reconocer lo que la Constitución, por una parte, ordena y prohíbe, y por otra, lo que no ordena ni prohíbe, es decir, lo que confía a la discrecionalidad legislativa. […Es decir, dicho margen de acción]l deriva de los límites de la capacidad para reconocer los límites de la Constitución» (Alexy, 2002a, p. 21). Puesto que dicho margen aparece cuando son «inciertos» los conocimientos sobre los indicados límites,

aquel «es relevante únicamente cuando las premisas carecen de certeza»; si esto no es así, «el Legislador no dispone de un margen de acción cognitivo» (Ibíd., pp. 49 y 58). Reconocer que el Legislador dispone de un margen tal «significa, consecuentemente, reconocerle la competencia para determinar dentro de un cierto contorno (exactamente el contorno del margen de acción cognitivo) lo que está ordenado y prohibido y lo que es discrecional, de acuerdo con los derechos fundamentales» (Ibíd., p. 57).

El margen de acción epistémico es de dos tipos: *empírico* y *normativo*. El primero afecta a las premisas empíricas: asoma cuando no se tiene certeza acerca de los hechos relevantes que apoyan la intervención en el derecho fundamental. El segundo atañe a las premisas normativas: aparece cuando no se dispone de certeza acerca de los pesos de los principios que entran en colisión, es decir, respecto de la manera más apropiada de sopesar los principios materiales en juego. (Ibíd., pp. 49s. y 62).

El margen de acción epistémico de tipo empírico se presenta respecto de los tres momentos del ya mencionado examen de proporcionalidad y es relativamente más fácil de identificar que el margen de acción epistémico de tipo normativo, tocante únicamente al tercero de esos momentos, la ponderación (Ibíd., p. 57). Esto es así porque, en los márgenes de acción epistémico de tipo empírico, «no se trata directamente, sino sólo de manera indirecta, acerca de lo que la Constitución ordena, prohíbe o confía a la discrecionalidad de los poderes públicos. […] Por el contrario, los márgenes de acción epistémicos de tipo normativo se relacionan directamente con el contenido material de la constitución. Cada vez que se acepta la existencia de un margen de acción cognitivo de tipo normativo, implícitamente se suprime el control constitucional de la vinculación a la Constitución en el ámbito que tenga el margen de acción» (Alexy, 2003b, pp. 84s.).

Alexy constata que esto trae consigo el problema de distinguir entre el margen de acción estructural *para la ponderación* y el margen de acción epistémico que se presenta cuando se carece de certeza *para ponderar*. Y precisa que el primer tipo de margen ocurre, como ya se expuso, cuando la ponderación entre el derecho fundamental cuya intervención se examina y el principio material que se le opone termina en un empate (empate estructural); aquí, el Legislador tiene discrecionalidad para realizar apreciaciones políticas, no jurídicas. En el segundo tipo de margen, en cambio, la discrecionalidad del Legislador se traduce en la presencia de diferentes posibilidades jurídicas fruto de un «empate epistémico» en la ponderación, en el que la situación iusfundamental material resulta entonces epistémicamente neutral. (Alexy, 2002a, pp. 48 y 59).

En la producción de esta segunda clase de empate, como se ha dicho, intervienen los principios formales; más específicamente, el «principio de la competencia del Legislador para decidir, competencia que se legitima a partir del principio democrático» (Ibíd., p. 52) –aunque, en alguna otra parte, el autor menciona también al principio de la división de poderes: (Alexy, 2003b, p. 83)–. Sobre el principio democrático, el autor advierte que, si bien aquel está referido a la dimensión real del Derecho, pues «en lo que respecta a la democracia representativa no a la democracia directa, […ese principio alude] a las decisiones tomadas por el parlamento según la regla de la mayoría», sin embargo, aquel principio está conectado también con elementos ideales del derecho,

ya que «[l]a democracia 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, sino que además el principio exige, por encima de todo, 'que el legislador democráticamente legitimado sea quien tome, en lo posible, la mayoría de las decisiones importantes para la sociedad'. 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, sino que también demanda que dicho ámbito sea tan amplio como sea posible». (Alexy, 2019b, pp. 270s.).

En opinión de Alexy, en el contexto del control de la constitucionalidad de leyes, el principio de la competencia decisoria del legislador democrático colisiona con el pertinente principio de derecho fundamental. Este último exige, «en cuanto mandato de optimización, que no se acepte la existencia de un margen de acción cognitivo. Si solo dependiera de este principio, un derecho fundamental únicamente podría ser restringido en razón de premisas empíricas cuya verdad estuviera acreditada. En caso de que la verdad no pudiera establecerse, la decisión sólo podría tomarse a partir de las premisas empíricas favorables al derecho fundamental»: aquellas según las cuales la renuncia a protegerlo no puede justificarse (Alexy, 2002a, pp. 52s.). Así, el principio de derecho fundamental excluye *prima facie* que el Legislador tenga competencia para adoptar su decisión basándose en una premisa insegura, desfavorable para el derecho fundamental; en cambio, el principio formal exige, también *prima facie*, que el Legislador tenga dicha competencia. Se trata, en definitiva, sostiene Alexy, de la vieja tensión entre los derechos fundamentales y la democracia (Ibíd. p. 53). Puesto que ninguno de los principios en liza puede tener prioridad absoluta respecto del otro, lo que corresponde es ponderarlos entre sí siguiendo la denominada «segunda ley de la ponderación», que reza: «Cuanto más intensa sea una intervención en un derecho fundamental, tanto mayor debe ser la certeza de las premisas que la sustentan». En contraste con la primera, esta segunda ley de ponderación no hace énfasis en la importancia material de las razones que sustentan la intervención, sino en su calidad epistémica (Ibíd. p. 54s.).

Esta ley epistémica de la ponderación se refleja en la fórmula del peso de la siguiente manera:

$$GPi, jC = \frac{IPiC \cdot SPiC}{WPjC \cdot SPjC}$$

Donde se incluyen dos nuevas variables: la seguridad de las premisas que versan sobre el significado de la medida tomada para no realización de *Pi* y para la realización de *Pj* en el caso concreto C: respectivamente, *SPiC* y *SPjC*[15]. Estas dos variables también pueden valorarse según una «escala triádica»: si el grado epistémico es de «certeza o

15. Omito escindir, como hace Alexy, cada una de estas variables en dos, la una, relativa a las premisas empíricas (S^eP_iC y S^eP_jC) y la otra, a las premisas normativas (S^nP_iC y S^nP_jC) (véase, Alexy, 2019b, p. 268).

seguridad», el valor numérico es 1; si es «justificable o plausible», ½; y si es «no evidentemente falso», ¼. (Ibíd., p. 56).

De suerte que, «[s]i tanto la intensidad de la intervención como el grado de importancia alcanzan el rango más alto, nunca es suficiente una certeza apenas media del lado del principio contrario para justificar con seguridad las injerencias que se practican en el lado del objeto de la intervención» (Alexy, 2002a, p. 56). Pero si las intensidades de las variables epistémicas no alcanzan la certeza o seguridad, se abre la posibilidad de que se produzca un empate epistémico y, por tanto, de que el Legislador tenga discrecionalidad epistémica para tomar la decisión. Lo que plantea el problema de que no puede descartarse que dicha decisión discrecional, aun cuando pueda ser tomada legítimamente, esté equivocada: la equivocación podría aparecer claramente en razón de investigaciones empíricas que no habían sido llevadas a cabo o de argumentos normativos no contemplados hasta el momento. Este es llamado por Alexy «problema de la divergencia» entre lo que los derechos fundamentales realmente ordenan, prohíben y confían a la discrecionalidad del Legislador, y lo que razonablemente pueda reconocerse como aquello que estos derechos ordenan, prohíben y permiten; o sea, entre lo ontológico y lo epistemológico, y entre las normas de acción, es decir, las que dicen lo que está prohibido y ordenado al Legislador y lo que se ha confiado a su discrecionalidad, y las normas de control, o sea, las normas con base en las cuales el Tribunal Constitucional controla al Legislador. (Alexy, 2002a, p. 60).

El referido «problema de la divergencia» se mitiga, según Alexy, en razón de cuatro consideraciones. En primer lugar, porque el principio formal de la competencia decisoria del Legislador por sí mismo no tiene suficiente fuerza para prevalecer sobre un principio material de derecho fundamental y hacerlo retroceder; de hecho, el primer principio puede prevalecer sobre el segundo solo cuando está ligado a otro principio material; a esto se le denomina «la ley de la conexión» (Ibíd. pp. 61s.). En segundo lugar, porque, en el margen de acción epistémico, los principios formales contribuyen de manera definitiva a la repartición de competencias decisorias entre el Tribunal Constitucional y el Legislador solo cuando se presentan incertidumbres acerca de la relación existente entre los principios materiales; tan pronto desaparece la inseguridad, los principios formales también salen del juego (Ibíd., p. 62). En tercer lugar, porque a medida en que aumenta la intensidad de la intervención en los derechos fundamentales no sólo aumenta su fuerza de resistencia sustancial, sino también la posibilidad de reconocer las diferencias graduales. Cuando se trata de problemas cotidianos frecuentemente no se sabe qué tan intensa es la intervención, pero, cuanto mayor sea ella, aumenta la posibilidad para diferenciar entre grados de intensidad (Ibíd., p. 63). Y, en cuarto lugar, la divergencia es, en realidad, algo que la constitución en conjunto exige, pues ella representa un intento de institucionalización de los derechos fundamentales, lo que implica conceder competencia al Legislador para imponer restricciones, dentro de ciertos límites, a tales derechos; en este sentido, los márgenes de acción epistémico no hacen sino añadir un límite más. De manera que el problema de la divergencia solo

es visible desde la perspectiva de la idealidad de los derechos fundamentales, no desde su realidad (Ibíd., 63s.).

En *Formal Principles…*, Alexy aclara que, en el contexto del control de constitucionalidad de leyes, el principio democrático colisiona con los principios relativos a derechos fundamentales de acuerdo con un «modelo epistémico» de ponderación, el que, básicamente, ha sido expuesto en los párrafos precedentes. Sin embargo, el autor hace en aquel trabajo una precisión importante: el modelo epistémico tiene que ver con una ponderación de segundo orden o meta-ponderación. La ponderación según los lineamientos de la fórmula del peso correspondería a la ponderación de primer orden. La ponderación de segundo orden, en cambio, busca justificar la incorporación de la seguridad epistémica, esto es, de *SPiC* y *SPjC*, en la fórmula del peso: se pondera un principio de derecho fundamental con el principio democrático, pero no dentro de la fórmula del peso, sino en un meta-nivel, donde interesa la pregunta acerca de qué variables y qué clase de escalas deben ser insertadas en dicha fórmula. (Alexy, 2019b, pp. 275s.).

Aquella ponderación de segundo orden es descrita por Alexy de la siguiente manera: «Según la ley de los principios en colisión, de la ponderación resulta una relación condicional de precedencia. Los tres niveles de la escala epistémica pueden considerarse como tales condiciones de precedencia». De manera que, si la valoración epistémica de un supuesto empírico o normativo es «cierto» o «seguro», el principio de los derechos fundamentales para el cual esta clasificación es favorable tiene precedencia sobre el principio formal y, por tanto, el valor numérico correspondiente es 1, lo cual significa que el resultado material del lado del derecho fundamental no está en absoluto influenciado por el principio democrático. Si, no obstante, la valoración epistémica es solamente «plausible» o incluso «no evidentemente falso», 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 «cierto» o «seguro» en casos de intervención en él. Sin embargo, advierte Alexy, esta precedencia no determina, como tal, el peso concreto del principio material en colisión (*GPi,PjC*). Este peso concreto es determinado por el conjunto de variables insertas en la fórmula del peso; la precedencia del principio formal en casos de supuestos simplemente plausibles o incluso no evidentemente falsos solo significa que las premisas por debajo del nivel de certeza o seguridad plena no están excluidas de la fórmula del peso, sino que son admitidas con base en el principio democrático. Esta admisión, sin embargo, puede reducir el peso de los valores sustanciales de las variables del mismo tipo a las que están atados. Es así como el principio democrático está representado en la ponderación de primer orden. Incorporar variables materiales, así como variables epistémicas en la fórmula del peso, no es otra cosa, sostiene el autor, que conectar la ley material de la ponderación con la ley epistémica de la ponderación. (Alexy, 2019b, p. 277s.).

A partir de lo anterior, Alexy aclara el significado de la antes mencionada ley de la conexión. Parte por reconocer que la formulación que de ella hiciera en el *Epílogo…*, fue «verdaderamente infortunada» porque daba a entender que el autor adhería al ya

referido modelo combinado, según el cual, los principios formales se ponderan con los principios materiales en el seno de la fórmula del peso; cuando, más bien, el modelo que él defiende para el contexto del control de la constitucionalidad de leyes es el modelo epistémico, basado en la descrita ponderación de segundo orden. De ahí que –enfatiza– la ley de la conexión debe ser entendida como que un principio formal actúa siempre en combinación con un principio material pero cada uno desde el nivel que le corresponde, pues la incidencia del principio formal en el resultado de la ponderación de primer orden es indirecta, se realiza a través de las variables epistémicas de la fórmula del peso. (Alexy, 2012, p. 331; y 2019b, pp. 276s. nota 8).

Para explicar la manera como el principio democrático influye en la ponderación de primer orden, Alexy pone el siguiente ejemplo: «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 […], 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 *SPjC* 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 *IPjC*». El supuesto del peligro mayor requiere el valor 4 (grave), el supuesto del menor peligro, el valor 1 (leve). Si se asume que la intensidad de interferencia con la libertad tiene el valor 2 (moderada); que es cierto o seguro que esta interferencia es causada por la prohibición sobre los productos de cannabis, lo que da el valor de 1; 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:

$$GPi, jC = \frac{2 \cdot 1}{4 \cdot \frac{1}{2}} = 1$$

Con el peso concreto 1, el resultado es un empate, es decir, el legislador tiene discrecionalidad estructural. La prohibición sobre los productos de cannabis permanece dentro de la discrecionalidad del legislador y es, por tanto, constitucional. El supuesto del peligro menor conduce al resultado opuesto. En números:

$$GPi, jC = \frac{2 \cdot 1}{1 \cdot \frac{1}{2}} = 4$$

El número 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 desproporcionada, y por ello, inconstitucional. Este ejemplo muestra de qué forma

el insertar las variables epistémicas en la fórmula del peso produce discrecionalidad. Cuando dos supuestos opuestos tienen el mismo valor epistémico, en este caso el valor ½ (plausible), entonces existe empate epistémico. En 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 inconstitucional. Esta discrecionalidad, concluye Alexy, es indirectamente establecida por el principio del legislador legitimado democráticamente. (Alexy, 2019b, 278-280).

3. ¿CUÁL ES EL LUGAR DE LA PRESUNCIÓN DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY EN ALEXY?

La teoría de Alexy, como se ha visto, no habla de la presunción de constitucionalidad de la ley. Sin embargo, ¿hay en aquella teoría un lugar para esa presunción? Y si es así, la teoría alexyana, ¿capta los aspectos troncales del sentido común de los juristas sobre dicha presunción?, ¿y contribuye, acaso, a refinar ese sentido común?

Desde que acuñó la fórmula del peso, en el *Epílogo…*, Alexy advirtió que se trataba de un «modelo numérico mediante el cual se ilustr[a] la estructura de la ponderación»; aunque era consciente de que «[e]n la argumentación jurídica, solo por analogía puede trabajarse con cocientes», pensaba que, «[c]on todo, esta analogía resulta sin duda instructiva». Mas, en sus trabajos posteriores, el autor ha refinado tanto el diseño de la fórmula del peso con miras a usarla como recurso principal en la explicación de sus tesis, que parecería que la metáfora ha ido cobrando autonomía respecto de su objeto metaforizado. Por esa razón, me parece interesante organizar las respuestas a las anteriores interrogantes en dos partes; en la primera, intentaré responder sin considerar la fórmula del peso y, en la segunda, considerándola.

3.1. Sin considerar la fórmula del peso

Pensemos en aquellos casos en que, frente a una demanda de inconstitucionalidad de una ley L, la Corte decide que L no es inconstitucional sobre la base de premisas inciertas. Estamos ante decisiones epistémicamente deferentes al legislador, dado que la incertidumbre favorece a la decisión legislativa. Tales decisiones son a primera vista razonables si nos guiamos por la cita de Thayer que sirve de epígrafe al presente trabajo: en el control judicial de la ley, «la cuestión última no es la de cuál es el verdadero significado de la Constitución, sino la de si la legislación puede sostenerse o no»: el problema central que debe plantearse la Corte no es el de qué dice la Constitución sobre el asunto, sino el de si se debe o no desautorizar al Legislador; para lo que, ciertamente, tendrá que interpretar el texto de la Constitución, pero además deberá que tener en cuenta el peso del principio democrático subyacente a la decisión legislativa.

Pero, si queremos examinar con más detenimiento esas decisiones epistémicamente deferentes con el legislador, lo podemos hacer, al menos, desde dos perspectivas. La que elige Alexy es la perspectiva *procesal-competencial*; la otra, a la que corresponde el principio de presunción de constitucionalidad de la ley, es la perspectiva *procesal-argumentativa*. La primera se centra en la distribución de competencias entre el Legislador y la Corte; mientras que la segunda lo hace en la distribución de los posibles errores fruto de la incertidumbre. Esta diversidad de perspectivas explica la aparente desconexión entre la doctrina del principio de presunción examinado y la teoría de Alexy; sin embargo, ambas perspectivas son compatibles, ya que no representan sino dos ángulos desde los que mirar un mismo objeto: las decisiones deferentes al legislador ya referidas.

Es en la elaboración alexyana del margen de acción epistémico donde hay que buscar un lugar para el principio de presunción examinado. Dicho margen aflora solamente cuando hay incertidumbre sobre las premisas, e implica que el Legislador tiene discrecionalidad para decidir si una norma es constitucional o no y que, en contrapartida, la Corte carece de competencia para ello, o sea, está prohibida de ejercer el control de la constitucionalidad de la ley. Por su parte, el principio de presunción de constitucionalidad de la ley también opera solo en caso de inseguridad epistémica, y contiene un mandato presuntivo que obliga a la Corte a decidir «como si» la ley fuese constitucional.

El margen de acción epistémico es determinado en virtud de la ponderación entre, por un lado, el principio de la «*competencia* decisoria del legislador democrático» y, por otro, el principio de derecho fundamental opuesto, conforme a la ley epistémica de la ponderación. Por su parte, el principio de presunción de constitucionalidad de la ley, con miras a su aplicación, también debe ponderarse con otros principios en competencia; especialmente, los relativos a derechos fundamentales. De aquí surgen tres constataciones. En primer lugar, que Alexy toma el principio democrático en su faceta *competencial*, es decir, como «principio de la competencia del Legislador para decidir», el cual prescribe «que el legislador democráticamente legitimado sea quien tome, en lo posible, la mayoría de las decisiones importantes para la sociedad»; mientras que el principio de presunción constitucionalidad de la ley vendría a ser la faceta *argumentativa* del principio democrático, según la cual, «en un proceso de inconstitucionalidad de leyes, si se da el caso C, entonces la Corte está obligada a decidir como si la ley fuese constitucional a menos que o hasta que tenga X grado de razones para creer que la ley es inconstitucional». De manera que, en ambos casos, opera un mismo principio formal: el principio democrático, aunque con facetas distintas. En segundo lugar, se aprecia que la teoría de Alexy se ocupa de la colisión de la democracia, exclusivamente, con los derechos fundamentales, dejando de lado los casos en que se impugna la inconstitucionalidad de la ley por afectar a principios constitucionales no vinculados a tales derechos. Debido a ello, en tercer lugar, se observa que la ley epistémica de la ponderación pone el acento en el papel restrictivo de los principios de derecho fundamental frente al de competencia decisoria del legislador, con lo que se corresponde la existencia de reglas de desafío al legislador, como las del *intermediate scrutiny*, del *strict scrutiny* y del *control*

material intensivo, en cuanto especificaciones del papel restrictivo de los derechos fundamentales frente al principio de presunción examinado.

Para que una determinada decisión caiga dentro del margen de acción epistémico, no es suficiente con que exista incertidumbre acerca de las premisas relevantes, pues el resultado definitivo depende del balance de todos los principios en juego en el caso concreto: la ley epistémica de la ponderación no actúa de manera aislada, sino en conexión con la ley material de la ponderación. De manera similar, el principio de presunción de constitucionalidad de la ley, como resultado de su ponderación con otros principios opuestos, puede ser, en unos casos, *desplazado*, dando como resultado *reglas de desafío al legislador*; y, en otros, a pesar de no ser desplazado, las *reglas de deferencia al legislador* producto de la ponderación pueden ver *atenuado* su estándar de refutación. Y, además, al margen de ese posible desplazamiento y de esa posible atenuación, la presunción examinada puede ser *refutada* (desactivada) en virtud del balance epistémico respecto, no solo de las apreciaciones sobre los hechos relevantes, sino también de las relativas a los principios constitucionales en juego.

Sobre esto último, cabe anotar que la teoría de Alexy no solo que capta los aspectos cardinales del sentido común de los juristas, sino que contribuye a refinarlo cuando distingue de manera sistemática entre el margen de acción *epistémico* empírico del *normativo*. Lo que es útil para dar cuenta de la peculiaridad del principio de presunción examinado, que, a diferencia de otras normas de presunción, por ejemplo, del principio de presunción de inocencia, no alude solo a la incertidumbre de las premisas empíricas, sino también y de manera central, a la de las premisas normativas. El autor hace notar una asimetría entre ambos tipos de margen: a diferencia del empírico, el normativo «implícitamente suprime el control constitucional de la vinculación a la Constitución en el ámbito que tenga el margen de acción».

A propósito del «problema de la divergencia», Alexy advierte que la existencia de un margen de acción epistémico conlleva la posibilidad de que, al tomar decisiones epistémicamente deferentes con el Legislador, la Corte puede equivocarse, es decir, puede dar por no inconstitucionales[16] a leyes que, en realidad, sí lo son. Esto guarda correspondencia con la función que tiene el principio de presunción examinado de distribuir el error mediante la incorporación de un sesgo sistemático en la toma de decisiones: aquel prefiere que la Corte yerre al dar por no inconstitucional una ley que, en realidad, sea inconstitucional, a que incurra en el error contrario.

3.2. Considerando la fórmula del peso

Si integramos en este análisis a la fórmula del peso, tomándola meramente como metáfora, es posible ratificar todo lo anterior. La ponderación de segundo orden que

16. Aquí se emplea «no inconstitucional» en lugar de «constitucional» porque, como antes se dijo, es más preciso hablar de presunción de *no inconstitucionalidad*.

construye Alexy, en mi opinión, es funcional a esa metáfora, pues aquella solamente es necesaria para explicar lo que cae dentro o fuera de la fórmula: esa meta-ponderación está pensada como esquema de fundamentación de las variables epistémicas de la fórmula; es decir, para representar cómo la precedencia del principio de competencia decisoria del legislador frente al principio de derecho fundamental, ocurrida en el «segundo nivel» para los casos de incertidumbre, conlleva la inclusión, en el «primer nivel», de las referidas variables; y para mostrar cómo estas son excluidas cuando, en los casos de certeza, ese segundo principio (de derecho fundamental) precede al primero.

Bien podría decirse, entonces, que la ponderación de segundo orden, al dar paso a la inclusión de los grados «plausible» y «no evidentemente falso» de las variables epistémicas, lo que hace es habilitar, en casos de incertidumbre, la entrada en escena del principio de presunción de constitucionalidad de la ley, es decir, del mismo principio democrático, pero en su faceta argumentativa. Lo que implica aceptar, en aquellos casos, los errores derivados de incorporar el sesgo decisorio correspondiente a favor del Legislador. De manera que, si la incorporación del principio de presunción examinado es innecesaria para Alexy, es porque, como ya se ha dicho, su perspectiva es competencial, no argumentativa. Pero la equivalencia anotada es exacta. En ambos casos, además, el triunfo de la opción decidida por el Legislador va a depender de las demás variables de la fórmula (de si la interacción de todas ellas conduce a un «empate epistémico»), o sea, de las demás razones en pro y en contra de la inconstitucionalidad de la ley.

No obstante, si se toma la metáfora como reflejo perfecto del razonamiento práctico ponderativo y, a partir de ahí, se indaga por el ajuste entre el sentido común de los juristas en torno al principio de presunción examinado y la fórmula del peso, los resultados son muy diferentes. Aquí mencionaré solo algunas incongruencias.

Para empezar, la estructura de la fórmula no refleja la inclinación previa de la balanza con la que Ullman-Margalit ilustraba la función de las presunciones: el denominador de la fórmula, al que corresponde la opción decidida por el legislador, no cuenta con un *plus* anterior a la ponderación, que refleje el sesgo sistemático introducido por el principio de presunción examinado. Alexy plantea que dicho sesgo aparece cuando hay un empate epistémico entendido como la igualdad numérica entre los valores asignados a las variables epistémicas. Como en el ejemplo del caso del cannabis, en donde el valor atribuido a la variable de la seguridad epistémica relativa al principio *Pj* es el mismo (½), tanto en la hipótesis de que este principio tuviese importancia alta (4), como en la de que su importancia fuese leve (1), de tal manera que el Legislador tendría discrecionalidad para decidir si el peso de *Pj* es alto o leve: lo primero conduciría a un «empate estructural» (el resultado final de aplicar la fórmula sería 1) y lo segundo, a la precedencia del principio de derecho fundamental *Pi* sobre *Pj,* (el resultado final sería 4), de donde se seguiría que el Legislador tiene competencia para decidir si la ley impugnada es constitucional o no. Sin embargo, este ejemplo encierra una contradicción con los postulados del propio autor, puesto que el cálculo aritmético que conduce al empate estructural (al valor de 1) incluye como factores a las variables epistémicas, justamente el tipo de variables que, según el mismo Alexy, no operan en la determinación del margen

de acción estructural. En consecuencia, hasta ahora, el autor no ha dado un ejemplo de cómo la fórmula del peso puede ilustrar un empate epistémico, lo que siembra dudas sobre la aptitud de dicha fórmula para ilustrar mínimamente el rol argumentativo de la presunción de constitucionalidad de leyes.

4. CONCLUSIONES

En síntesis: (i) la teoría de Alexy capta los aspectos nucleares del sentido común de los juristas en torno a la presunción de constitucionalidad de la ley, inclusive (ii) contribuye a refinar algunos aspectos de ese sentido común, sin embargo, (iii) todo lo anterior se oscurece si en el análisis se incluye a la fórmula del peso interpretándola como el reflejo exacto de la teoría alexyana.

Estas conclusiones básicamente convergen con la crítica que, según se expuso en la introducción, Atienza dirige, en general, a la teoría de los principios de Alexy. Por lo que quizá pueda decirse que, para dar cuenta del sentido común jurídico, es adecuada la tesis de que los principios son mandatos a optimizar, pero está visto que el uso equivocado de la metáfora de aquella tesis, la fórmula del peso, puede traer –a pesar de su autor– resultados subóptimos.

BIBLIOGRAFÍA

Alexy, Robert (1993), «Derechos, razonamiento jurídico y discurso racional» [1992], trad. de P. Larrañaga, en R. Alexy, *Derecho y razón práctica*, Fontamara, México, pp. 25-42.

Alexy, Robert (1997), «Sistema jurídico y razón práctica» [1987], trad. de J. Malem Seña, en R. Alexy, *El concepto y la validez del derecho*, Gedisa, Barcelona, 159-177.

Alexy, Robert (2002a), «Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales» [2002], trad. de C. Bernal, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 22 (1), 13-64.

Alexy, Robert (2002b), *Teoría de los derechos fundamentales* [1985], trad. de E. Garzón Valdés (rev. por R. Zimmerling), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

Alexy, Robert (2003a), «Cinco preguntas a Robert Alexy» (entrevista por Diana Quintero), Precedente – Anuario Jurídico, 89-93.

Alexy, Robert (2003b), «Derecho constitucional y derecho ordinario. Jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria» [2002], trad. de C. Bernal, en R. Alexy, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 41-92.

Alexy, Robert (2003c), «Sobre la estructura de los principios jurídicos» [2000], trad. de C. Bernal, en R. Alexy, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 93-139.

Alexy, Robert (2010), «The Dual Nature of Law», en *Ratio Juris*, 23 (2), 167-182.

Alexy, Robert (2012), «Comments and Responses», en *Institutionalized Reason*, Oxford University Press, Oxford.

Alexy, Robert (2019a), «Hacia un concepto de los principios jurídicos» [1979], trad. de G. Villa Rosas, en R. Alexy, *Ensayos sobre la teoría de los principios y el juicio de proporcionalidad*, Palestra Lima, 17-42.

Alexy, Robert (2019b), «Principios formales. Algunas respuestas a los críticos» [2014], trad. de M. Quimbayo (rev. por G. Villa Rosas), en R. Alexy, *Ensayos sobre la teoría de los principios y el juicio de proporcionalidad*, Palestra Lima, 265-280.

Aguiló, Josep (1999), «Nota sobre 'Presunciones' de Daniel Mendonca», en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 22, 649-660.

Aguiló, Josep (2006), «Presunciones, verdad y normas procesales», en *Isegoría*, 35, 9-31.

Aguiló, Josep (2017), «Las presunciones *hominis* y las inferencias probatorias», en *Derecho PUCP*, 79, 99-110.

Aguiló, Josep (2018), «Las presunciones en el Derecho», en AFD, XXXIV, 201-228.

Atienza, Manuel (2010), «A vueltas con la ponderación», en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 44, 43-59.

Atienza, Manuel, (2017), *Filosofía del derecho y Transformación social*, Trotta, Madrid.

Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan (2001), en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 24, 115-130.

Barak, Aharon (2012), *Proportionality. Constitutional Rights and their limitations*, trad. del hebreo de D. Kalir, Cambridge University Press, Cambridge.

Beatty, David (2004), *The Ultimate Rule of Law*, Oxford University Press, Oxford.

Bernal, Carlos (2005), «Tribunal Constitucional, legislador y principio de proporcionalidad. Una respuesta a Gloria Lopera», en *Revista Española de Derecho Constitucional,* 74, 417-444.

Bernal, Carlos (2007), *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales* (3ª ed.), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

Bobbio, Norberto (1991), *El tiempo de los derechos*, trad. de R. Asís Roig, Sistema, Madrid.

Chemerinsky, Erwin (2006), *Constitutional Law. Principles and Policies*, Aspen, New York.

Clérico, Laura (2009), *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, Eudeba, Buenos Aires.

Ferreres, Víctor (2007), *Justicia constitucional y democracia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

Jackson, Vicki (2015), «Constitutional Law in an Age of Proportionality», en *The Yale Law Journal*, 3094-3196.

Kavanagh, Aileen (2008), «Deference or Defiance? The Limits of the Judicial Role in Constitutional Adjudication», en G. Huscroft (ed.), *Expounding the Constitution: Essays in Constitutional Theory*, Cambridge University Press, Cambridge, 184-216, doi:10.1017/CBO9780511511042.010

Lopera, Gloria (2007), «Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales», en Miguel Carbonell (ed.), *El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 203-247.

Lozada, Alí (2016), «El postpositivismo de la 'optimización': sobre el concepto de principio jurídico de R. Alexy», en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 39, 227-252. DOI: 10.14198/DOXA2016.39.12

Rawls, John (1999), *A Theory of Justice*, Revised Edition, Harvard University Press, Cambridge (Mass.).

Rawls, John (2001), *Justice as Fairness. A Restatement*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge (Mass.) – London.

Rosenfeld, Michel y Sajó, András (2012), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford.

Schauer, Frederick (2013), *Pensar como un abogado*, trad. de T. J. Schleider, Marcial Pons, Madrid.

Schneider, Hans Peter (1982), «Jurisdicción constitucional y separación de poderes», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, trad. de J. Abellán, Año 2, 5, 35-61.

Steiner, Talya, Lang, Andrej y Kremnitzer, Mordechai (2020) «Comparative and Empirical Insights into Judicial Practice: Towards an Integrative Model of Proportionality», en M. Kremnitzer, T. Steiner y A. Lang, *Proportionality in Action Comparative and Empirical Perspectives on the Judicial Practice*, Cambridge University Press, Cambridge.

Stone Sweet, Alec y Mathews, Jud (2008), «Proportionality Balancing and Global Constitutionalism», en *Columbia Journal od Transnational Law*, 47, 68-149.

Thayer, James B. (1893), «The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law», en *Harvard Law Review*, 7 (3), 129-156.

Ullman-Margalit, Edna (1983), «On presumption», en *The Journal of Philosophy*, Vol. 80, 3, 143-163.

Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, (2022), *45*
e-ISSN: 2386-4702 | ISSN: 0214-8676

La exigencia de completitud de los sistemas jurídicos en Alchourrón y Bulygin: Una crítica

Alchourrón and Bulygin on the Demand for Completeness of Legal Systems: Some Critical Remarks

Santiago Rodríguez

Autor:
Santiago Rodríguez
Universidad de Buenos Aires, Argentina
rodriguez849@est.derecho.uba.ar
https://orcid.org/0000-0002-9573-487X

Recibido: 11-3-2021
Aceptado: 23-6-2021

Citar como:
Rodríguez, Santiago (2022). La exigencia de completitud de los sistemas jurídicos en Alchourrón y Bulygin: Una crítica. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, *45*, pp. 445-464. https://doi.org/10.14198/DOXA2022.45.15

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

© Santiago Rodríguez

Abstract

Alchourrón y Bulygin (en adelante AyB) afirman que la exigencia de completitud de los sistemas jurídicos es un ideal puramente racional, es decir, que tiene un fundamento 'puramente racional' y es independiente de posiciones políticas y de filosofía del derecho. Para defender esta tesis, AyB señalan que el ideal de completitud es una consecuencia del Principio de Razón Suficiente. En el trabajo sostengo, en primer lugar, que la exigencia de completitud no es consecuencia del Principio de Razón Suficiente. En segundo lugar, argumento que existe una premisa propia de la filosofía del derecho que es necesaria para llegar a la exigencia de completitud como conclusión y, por lo tanto, que el ideal de completitud no es un ideal puramente racional. Finalmente, propongo una interpretación alternativa del argumento de AyB y concluyo que tampoco logra sortear las objeciones a las que se enfrenta.

Palabras clave: Completitud; sistemas jurídicos; sistemas normativos; regla ideal; ideal racional.

Abstract

Alchourrón and Bulygin (A&B) claim that the demand for completeness of legal systems is a purely rational ideal, meaning that it depends on 'purely rational' premises and is independent from any positions in philosophy of law. To support this claim, they argue that it follows from the Principle of Sufficient Reason. In this paper I claim, firstly, that the demand for completeness does not follow from the Principle of Sufficient Reason. Secondly, I argue that there is a premise that is not purely rational (because it belongs to philosophy of law) and is also necessary to build any valid argument that has the demand for completeness as its conclusion. I hold that, since the demand for completeness depends on such a premise, it is not a purely rational ideal. Finally, I propose an alternative reading of A&B's argument and conclude that it also fails.

Keywords: Completeness; legal systems; normative systems; ideal rule; rational ideal.

«El concepto de las funciones del derecho es, obviamente, de gran importancia para cualquier teoría que pretenda dar una explicación general de la naturaleza del Derecho».

(Raz, 1979: 163)

INTRODUCCIÓN

Las preguntas posibles acerca de la completitud de los sistemas jurídicos pueden agruparse en dos clases: preguntas descriptivas (qué es la completitud, si es necesaria, si es posible, qué son las lagunas, etc.) y preguntas acerca de la exigencia de completitud (si es deseable que los sistemas sean completos, por qué es deseable, etc.). La primera clase de preguntas es una de las preocupaciones centrales de la filosofía del derecho contemporánea. En *Sistemas Normativos. Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales* (en adelante *S.N.)* Alchourrón y Bulygin (en adelante AyB) han tratado extensamente esos problemas, y la literatura sobre ellos es abundante tanto antes como después de esa obra.

Las preguntas de la segunda clase, por otro lado, no han recibido la misma atención. AyB intentan darles una ambiciosa respuesta en el capítulo IX de *S.N.,* pero la literatura posterior no se ha ocupado de las tesis defendidas allí. Si bien algunas de las ideas de ese capítulo aparecen en la literatura, no son defendidas ni criticadas, sino más bien asumidas en el contexto o a los fines de otros argumentos (Redondo, 2016, pp. 303-306; Redondo, 2000; Bulygin, 2000; Alchourrón 1996; Ratti 2013, pp. 287-288).

Atento a la falta de literatura sobre la cuestión, en este trabajo me propongo evaluar críticamente la idea defendida por AyB respecto a la exigencia de completitud de los sistemas jurídicos. Éstos sostienen que la exigencia de completitud de los sistemas jurídicos es un ideal puramente racional, entendiendo por ideal puramente racional una exigencia que tiene un fundamento puramente racional y es independiente de posiciones políticas y de filosofía del derecho.

El propósito del trabajo es, entonces, mostrar que el ideal de completitud depende de ciertas posiciones políticas y de filosofía del derecho y que, por lo tanto, no es un ideal racional. En otras palabras, mostraré que el ideal de completitud no es un *presupuesto* ni un punto de partida de los debates en filosofía del derecho, sino, por el contrario, uno de los puntos de tales debates.

Reconstruiré, en primer lugar, (Sección I.1) la posición de AyB. Luego (Sección I.2) describiré el razonamiento que proponen para defenderla. Me referiré primero al rol del Principio de Razón Suficiente en el razonamiento (Sección I.2.a), para luego (Sección I.2.b) reconstruir la noción de *regla ideal* como la entiende Von Wright. Finalmente, reexpresaré –usando la terminología de Von Wright– la afirmación de que

la exigencia de completitud es una regla ideal en términos de virtud: equivale a afirmar que la completitud es una virtud de los sistemas jurídicos.

En la Sección II criticaré el razonamiento propuesto por AyB. En primer lugar, sostendré que la conclusión no sigue de la premisa que proponen AyB (Sección II.1.), y luego señalaré que existe una premisa que no es 'puramente racional' y que es necesaria para llegar a la conclusión (Sección II.2). Finalmente, señalaré que esa premisa no es ajena a la obra de AyB (Sección II.3.)

En la Sección III presentaré una interpretación alternativa del argumento de AyB, y la criticaré, concluyendo que no logra sortear las objeciones.

Una aclaración terminológica: a lo largo del texto AyB hablan de 'sistemas normativos' y no de sistemas jurídicos. He optado por abordar el problema de la exigencia de completitud exclusivamente respecto de los sistemas jurídicos simplemente por cuestiones de claridad[1]. Esto no impide que mis objeciones sean aplicables a los argumentos de AyB, dado que un enunciado del tipo 'los sistemas normativos tienen la propiedad P' es falso si los sistemas jurídicos no tienen esa propiedad (siempre que se admita –como admiten AyB– que los sistemas jurídicos son un subconjunto de los sistemas normativos). Entonces, la tesis de que la exigencia de completitud de los sistemas jurídicos es un ideal racional es implicada por la tesis de que la exigencia de completitud de los *sistemas normativos* es un ideal racional y, por lo tanto, negar la primera implica negar la segunda.

SECCIÓN I

1. La tesis de AyB y la noción de ideal puramente racional

En el capítulo IX de *N.S.*, «Completitud como ideal racional», AyB defienden la idea de que la exigencia de completitud de los sistemas jurídicos es un ideal racional, a diferencia de la tesis de que los sistemas jurídicos son necesariamente completos (tesis que llaman postulado de la plenitud hermética). Partiendo de la idea de que el postulado de plenitud hermética es propio de ciertas 'ideologías políticas o filosóficas'[2], se proponen mostrar que no sucede lo mismo con la exigencia de completitud, y que por ende se trata, según AyB, de un ideal racional.

1. Es más claro referirse a sistemas jurídicos porque lo único que hay en el texto a modo de definición de la noción de 'puramente racional' es la idea de que las premisas de filosofía política y del derecho *no son* 'puramente racionales'. Al tratar con sistemas jurídicos, la objeción se apoya, como se verá, sobre la necesidad de recurrir a premisas de filosofía política y del derecho para llegar al ideal de completitud y, por lo tanto, tratar con sistemas jurídicos permite sortear los problemas que traería la vaguedad del concepto de 'puramente racional'.
2. Ver, para un mayor desarrollo del postulado de plenitud hermética y su relación con el positivismo jurídico, Rabbi Baldi, 2016, pp. 249-250; Finnis, 1980, p. 269; Atria, 2019, pp. 107-110; Nino, 1973, pp. 282-283; Kelsen, 1979, pp. 251-252; Rodríguez y Navarro, 2014, pp. 158-159.

A pesar de no dar una definición completa y explícita de la noción de ideal racional, AyB ofrecen dos caracterizaciones parciales, que pueden combinarse para construir una definición compuesta. Así, en primer lugar sostienen que el ideal de completitud es un ideal puramente racional «en el sentido de que se halla íntimamente ligado a la actividad racional por excelencia: la de explicar, fundamentar, dar razones» (Alchourrón y Bulyigin, 1975, p. 234), y, luego, sostienen que «Al afirmar que el ideal de completitud normativa es un ideal puramente racional, hemos querido decir precisamente eso: que (…) es independiente de toda ideología política o filosófica» (Alchourrón y Bulygin, 1975, p. 239).

Parece entonces que para AyB existen (al menos) dos condiciones necesarias para que una exigencia sea un ideal puramente racional: en primer lugar, debe estar íntimamente ligado a la actividad de fundamentar y dar razones y, en segundo lugar, debe ser independiente de toda ideología política o filosófica. De ese modo, la primera condición funciona como una caracterización positiva del concepto, mientras que la independencia de toda ideología política y filosófica funciona como una condición negativa.

La noción de estar íntimamente ligado a algo es vaga, y AyB no la definen con precisión. Del mismo modo, la idea de una 'actividad racional por excelencia' que consiste en dar razones también requiere precisiones y aclaraciones, que el texto no ofrece. Sin embargo, no es necesario –a los efectos de este trabajo– ocuparse de esas dificultades interpretativas, ya que me referiré principalmente a la condición negativa de la definición (independencia de ideologías políticas o filosóficas). Mi objetivo es, precisamente, mostrar que la exigencia de completitud de los sistemas jurídicos no es independiente de toda ideología política y filosófico. Si se concluye que falta la condición de independencia, entonces no es necesario adentrarse en los problemas que presenta la otra parte de la definición de ideal racional (el estar íntimamente ligado), dado que la falta de una de las condiciones es suficiente para concluir que la exigencia de completitud de los sistemas jurídicos no es un ideal racional.

Es importante, entonces, reconstruir con claridad la noción de 'ideología política o filosófica'. Creo que por ideología AyB se refieren, sencillamente, a posiciones en debates políticos o de filosofía del derecho; en particular, a posiciones sobre la naturaleza del derecho, su normatividad, etc. AyB insisten en distinguir a este respecto entre el debate sobre la exigencia de completitud y el debate sobre el postulado de plenitud hermética. El objetivo del capítulo IX, es, precisamente, mostrar que, mientras el postulado de plenitud hermética depende de presuposiciones propias del positivismo jurídico, la exigencia de completitud es independiente de presuposiciones de cualquier posición: «Muy a menudo se vincula [al ideal de completitud] con ciertas ideologías: el liberalismo, el positivismo, etcétera. Sin embargo, esto es un error» (Alchourrón y Bulygin, 1975:239).

Por lo tanto, creo que la interpretación más armónica del término 'ideología filosófica o política' en este contexto es: una posición de filosofía política o del derecho. A esto parecen apuntar, además, cuando sostienen que «[el ideal de completitud] no está ligado a ninguna posición política, moral o filosófica determinada» (Alchourrón y

Bulygin 1975, p. 234). Al decir una posición de filosofía no quiero decir que debe ser una posición efectivamente debatida. Es decir, creo que es natural entender que una determinada posición es una posición de filosofía política o del derecho aún si es una posición compartida por la mayoría –o incluso todos– los participantes del debate de que se trate. El hecho de que una premisa de filosofía política o del derechosea una premisa *obvia* de filosofía política o de derecho no la vuelve, a mi modo de ver, una premisa puramente racional, del mismo modo que una premisa obvia en matemáticas o astronomía no deja, por ser obvia, de pertenecer a esos campos.

En la subsección siguiente expondré el argumento que AyB proponen para defender la tesis descripta. Cabe aclarar que en el texto AyB proponen simultáneamente varios argumentos en favor de esa tesis y no es claro cuál es el argumento central ni cuál es la relación entre ellos. He tomado como argumento principal el argumento desde el Principio de Razón Suficiente, porque creo que es el que surge con más claridad del texto de AyB. No me ocupo aquí del argumento que se apoya en la analogía entre las ciencias empíricas y formales, por un lado, y las ciencias normativas, por el otro, porque considero que su reconstrucción a partir del texto de AyB es extremadamente difícil, ya que el argumento no es presentado con claridad, y por ende cualquier modo de entenderlo carecerá de sustento interpretativo suficiente.

Primero, porque se apoya en la idea de que el ideal de completitud es una «exigencia de que todo sistema científico –empírico, formal o normativo– sea completo» (Alchourrón y Bulygin, 1975, p. 232), pero no se entiende en qué sentido un sistema normativo es un sistema científico. Parece que, en todo caso, un sistema normativo es el *objeto de* un sistema científico, mientras que el sistema científico es el *producto* de la actividad científica. En esa medida, el que un jurista exija la completitud de un sistema jurídico parece más asimilable a un economista que exige que una economía determinada tenga menos inflación que a uno que exige que la teoría de su colega explique todos los fenómenos relevantes. Por supuesto que tales exigencias (la del jurista y la del economista) son posibles y son comunes en la práctica científica, pero, como argumentaré más adelante, no son un *presupuesto* de la actividad científica ni son puramente racionales, sino que son el resultado de tomar ciertas posiciones respecto del objeto de estudio.

En segundo lugar, porque AyB no dan ningún argumento que apoye la idea de que los juristas comparten ese ideal con los demás científicos. Se limitan a señalar ciertas similitudes entre la justificación normativa y la explicación científica, pero no se ve cómo esas similitudes implican que quienes se ocupan de tales actividades comparten el ideal de completitud.

De todas formas, no es el objeto de esta subsección refutar el argumento de la analogía entre ciencias normativas y ciencias empíricas y formales, sino solamente señalar las razones por las cuales tal argumento no es discutido extensamente en este trabajo.

2. El argumento de AyB

2.a. El principio de razón suficiente en el argumento de AyB

Según AyB, la exigencia de completitud de los sistemas jurídicos sólo se apoya en una premisa, que surge de un principio fundamental de la razón (Alchourrón y Bulygin, 1975, p. 238-239). La premisa es la afirmación de que todos los casos son solucionables, y AyB entienden que se trata de «una versión particular (…) del Principio de Razón Suficiente» (Alchourrón y Bulygin, 1975, p. 239). Es decir, AyB sostienen que se trata de una consecuencia particular de tal principio. Para contextualizar la tesis de AyB, describiré brevemente el Principio de Razón Suficiente y precisaré su alcance.[3] Luego, partiendo de ese marco general, analizaré el rol que juega el Principio de Razón Suficiente en la tesis de AyB.

2.a.i. Breve excursus sobre el principio de razón suficiente

Se ha dicho que «el Principio de Razón Suficiente es casi tan antiguo como la propia filosofía» (Melamed y Lin, 2021), dado que existen formulaciones parciales o aproximaciones al principio desde los comienzos de la filosofía occidental. Entre otros, se atribuyen formulaciones –parciales e incompletas– del Principio de Razón Suficiente a Anaximandro, Parménides y Abelardo (Pereda, 2014: 127).

Sin embargo, suele atribuirse la primera formulación completa y explícita del Principio de Razón Suficiente –y el haber acuñado por primera vez ese nombre– a Leibniz. En ese sentido, Melamed y Lin sostienen que Leibniz fue «el primero en llamarlo por ese nombre y, posiblemente, el primero en formularlo con total generalidad» (Melamed y Lin, 2021), y Pereda señala que Leibniz fue «el filósofo que [empleó] con mayor constancia el Principio de Razón Suficiente» (Pereda, 2014: 127). También se ha sostenido que Leibniz fue «el que ha postulado [el Principio de Razón Suficiente] con mayor claridad, además de acuñar el término Principio de Razón Suficiente» (Aguilera Campos, 2016: 16). Esto explica, quizás, que AyB tomen como punto de referencia a Leibniz al referirse al Principio de Razón Suficiente: «Es el famoso Principio de Razón Suficiente, que según Leibniz es uno de los dos grandes principios que gobiernan nuestra razón, y en los que se fundan todos nuestros razonamientos» (Alchourrón y Bulygin, 1975, p. 238). Por el lugar de preeminencia que AyB dan a la versión del principio acuñada por Leibniz, tomaré dicha versión como punto de referencia para aclarar su alcance en el marco de la tesis de AyB.

Cabe aclarar que en distintos pasajes de su obra Leibniz presenta diferentes formulaciones del principio, y entre ellas existen algunas diferencias significativas. Principalmente, existen diferencias de alcance, pues en algunas formulaciones el

3. Agradezco a uno de los dictaminantes de *Doxa* por hacerme notar la necesidad de incluir esta subsección.

principio abarca afirmaciones y hechos, mientras que en otras formulaciones el principio parece abarcar sólo *afirmaciones* o sólo *hechos*, según el caso (Pikkert, 2018: 9). Por ejemplo, una de las formulaciones que presenta Leibniz parece acotar el principio solamente a *hechos*, excluyendo afirmaciones o creencias: «nada *sucede* sin una razón» (Leibniz, 1989: 321). Al mismo tiempo, en ocasiones Leibniz introduce al Principio de Razón Suficiente como principio básico del razonamiento (Leibniz, 1989: 646), lo cual da a entender que se trata de una 'ley del pensamiento' (Pikkert, 2018:9) o, en otras palabras, un principio únicamente epistémico.

A pesar de estas variaciones en la formulación de Leibniz, se suele entender que para Leibniz el Principio de Razón Suficiente abarca tanto afirmaciones como hechos, es decir, que tiene implicancias epistémicas y metafísicas (Pikkert, 2018: 9; Melamed y Lin, 2021; Pereda, 2014: 129). Esta conclusión se apoya en dos consideraciones: en primer lugar, las oscilaciones en la forma de presentar el principio «no suelen entenderse como dudas o cambios de posición de Leibniz sobre el alcance del principio. Por el contrario, suelen tomarse como un indicador de que Leibniz cree que el principio tiene un alcance amplio» (Melamed y Lin, 2021). En segundo lugar, en algunas formulaciones Lebniz señala explícitamente que el principio alcanza afirmaciones y hechos. Por lo tanto, tomaré la formulación del Principio de Razón Suficiente expuesta en la Monadología –por ser una formulación amplia, que abarca hechos y afirmaciones– como punto de referencia para el análisis del principio en el trabajo de AyB.

Puede leerse en la Monadología: «Nuestros razonamientos están basados en dos grandes principios, el de contradicción […] y el de **razón suficiente**, en virtud del cual consideramos que no puede hallarse ningún *hecho verdadero o existente*, ni ninguna *afirmación verdadera*, sin que haya razón suficiente para que sea así y no de otra manera, aún si la mayoría de las veces no podemos conocer esas razones.» (Leibniz, 1714: 646) (énfasis agregado) Si bien la referencia inicial al principio como principio de 'nuestros razonamientos' podría dar la idea de que el principio sólo tiene un alcance epistémico (es decir, no tiene alcance metafísico –no se refiere a *hechos–)*, la definición posterior del principio despeja esa intuición inicial. La referencia explícita a *hechos verdaderos o existentes*, por un lado, y a *afirmaciones verdaderas*, por el otro, permite ver con toda claridad el alcance amplio del Principio de Razón Suficiente.

También AyB parecen entender que el Principio de Razón Suficiente abarca tanto hechos como afirmaciones o, al menos, que no sólo abarca hechos. Se refieren a la idea de que «todos los fenómenos son, en principio, explicables» (Alchourrón y Bulygin, 1975, p. 238) como «Principio del Determinismo o Ley de Causación Universal», y sostienen que este principio (sólo referido a *fenómenos* y sus causas) «puede ser considerada como una versión particular de un principio más general todavía, según el cual todo tiene un fundamento» (Alchourrón y Bulygin 1975, p. 238). En esa medida, a lo largo del presente trabajo asumiré que, al referirse al Principio de Razón Suficiente, AyB se refieren a la versión amplia de tal principio.

Aclarados el contenido y el alcance del Principio de Razón Suficiente, es necesario ahora analizar el modo en que AyB utilizan ese principio para construir su argumento.

2.a.ii. El rol del principio de razón suficiente en el argumento de AyB

Para aplicar el Principio de Razón Suficiente –entendido en el sentido planteado en la subsección anterior– al problema de la exigencia de completitud de los sistemas jurídicos, AyB proponen una versión particular (es decir, una consecuencia particular) del Principio de Razón Suficiente. La llaman «versión normativa» del Principio de Razón Suficiente, y consiste en que todo caso es solucionable, o, a la inversa, en que no puede haber un caso no solucionable. Un caso[4] es *solucionable,* según AyB, cuando hay razones para elegir un curso de acción respecto de su carácter deóntico (Alchourrón y Bulygin, 1975, p. 238). Admitido el Principio de Razón Suficiente, afirman, «la hipótesis de casos no solucionables (…) es tan irracional, tan intolerable para la razón, como la idea de fenómenos inexplicables» (Alchourrón y Bulygin, 1975, p. 238).

En el texto AyB dan dos definiciones de 'solucionable': i) «significa que para todo caso hay o es posible construir un sistema normativo tal, que lo correlacione con alguna solución», y ii) por la negativa, sostienen que los 'casos no solucionables' son «situaciones en las cuales no hay razones (ni puede haberlas) para elegir tal o cual curso de acción, situaciones en que toda elección es esencialmente arbitraria (…)», expresado positivamente, la segunda definición establece que es solucionable el caso ante el cual hay razones para elegir algún curso de acción.

Claramente, las definiciones no son equivalentes entre sí, pues el hecho de poder construir un sistema normativo que correlacione un caso con una solución no implica que haya *razones* para correlacionar ese caso con una solución. La primera definición apunta a la posibilidad de solucionar el caso, mientras que la segunda se refiere a la posibilidad de solucionarlo *justificadamente*. De ese modo, utiliza la primera definición de 'solucionable', la versión normativa del Principio de Razón Suficiente establece que todo caso puede ser correlacionado con alguna solución. Por otra parte, si se utiliza la segunda definición de 'solucionable', la versión normativa del Principio de Razón Suficiente establece que siempre que se está ante un caso existen razones para elegir un curso de acción respecto de ese caso.

La primera definición de 'solucionable' hace que la versión normativa del Principio de Razón Suficiente sea una obviedad, pues parece evidente que siempre que se está ante un caso es posible asignarle alguna solución. En esa medida, esa lectura del principio no parece agregar nada a la solución al problema que nos ocupa.

4. Cuando se dice que un sistema jurídico debe solucionar 'todos los casos' el grupo de 'todos los casos' es relativo a un universo de casos (en adelante U.C.) y un universo de discurso (en adelante U.D.), de acuerdo con la noción de caso desarrollada en *N.S.* El límite entre casos que el derecho quiere solucionar y los que no, y, por tanto, entre las lagunas del derecho en sentido estricto y casos sin solución que el derecho no pretende solucionar, es una cuestión de gran controversia. Sin embargo, no es necesario tomar posición aquí. Para un panorama general de la discusión, ver (Bulygin, 2019: 134-137), (Atria, 2019) y (Navarro, 2020).

La segunda definición, por otro lado, produce una lectura más robusta de la versión normativa del Principio de Razón Suficiente, ya que es una tesis sobre las razones para tomar decisiones sobre la solución de casos.

El propósito de AyB es, por lo dicho, probar que se puede afirmar la exigencia de completitud de los sistemas jurídicos a través de un razonamiento que se apoya exclusivamente en una premisa 'puramente racional': «[el ideal de completitud] se funda única y exclusivamente en el Principio de Razón Suficiente y es independiente de toda ideología política o filosófica» (Alchourrón y Bulygin 1975, p. 239)

AyB sostienen, entonces, con relación al fundamento de la exigencia de completitud, que se trata de un ideal puramente racional. Al mismo tiempo, en cuanto a la naturaleza de la exigencia, sostienen que es una *regla ideal*: «Parece razonable concebir [a la exigencia de completitud] como una *regla ideal,* en el sentido que Von Wright da a esta expresión» (Alchourrón y Bulygin, 1975:234). La noción de *regla ideal*, como la entiende Von Wright, será definida en la subsección siguiente.

2.b. La noción de regla ideal

Por lo dicho anteriormente, se ve con claridad la importancia de la noción de *regla ideal* en el problema que nos ocupa. A continuación, reconstruiré ese concepto tal como aparece en «*Norma y Acción*», ya que AyB sostienen que la exigencia de completitud es una regla ideal «en el sentido que Von Wright da a la expresión» (Alchourrón y Bulygin, 1975, p. 234)

Las reglas ideales son, para Von Wright, un «grupo de normas que tienen relación inmediata, no con la acción, pero sí con cosas que deben, pueden o no tienen que *ser.*» (Von Wright, 1963: 32). Se refiere a enunciados del tipo 'un profesor debe ser paciente, esforzado y culto', que a su vez pueden leerse como 'para ser un *buen* profesor, un profesor debe ser paciente, esforzado y culto' (Von Wright, 1963: 33). Se trata de enunciados que señalan las propiedades (que llama virtudes) que hacen que una cosa de una clase sea buena *en tanto cosa de esa clase*. En palabras de Nino, las reglas ideales «mencionan las *virtudes* características dentro de una clase» (Nino, 1973, p. 69). Por lo tanto, puede decirse sin contradicción que un mismo objeto (un ser humano) es simultáneamente bueno en tanto cosa de una clase X (jugador de fútbol) pero no es bueno en tanto cosa de otra clase Y (ajedrecista). En este sentido se trata de enunciados *relativos* a clases o categorías de cosas.

Es necesario ahora preguntarse por el criterio a partir del cual una determinada propiedad es una *virtud* con relación a una clase de cosas. No es razonable pensar que la selección de propiedades que constituyen *virtudes* respecto de cada clase de acciones es arbitraria. Si así fuera, hablar de *virtudes* y *bueno* no sería de ninguna utilidad. Si queremos que esos conceptos sean útiles, debe haber, por lo tanto, alguna relación especial –entre las propiedades y la cosa– que hace que ciertas propiedades sean virtudes.

El criterio que creo que subyace a la 'selección' de propiedades es el de la existencia de una relación determinada entre la propiedad y la *función* o *propósito* de la cosa. Von Wright no apoya explícitamente esta opinión, pero sí la sugiere por medio de sus ejemplos y de ciertas expresiones: Los ejemplos de Von Wright apuntan en esa dirección: «un soldado (…) debe ser bravo, sufrido y disciplinado», «un maestro paciente con los niños, firme y comprensivo», y sobre todo cuando afirma «También decimos de los coches, relojes, martillos y otros utensilios **que se usan para servir varios propósitos**, que deben tener ciertas propiedades y no otras.» (Von Wright, 1963: 33).

También AyB parecen entender la noción de regla ideal de este modo. Si bien no se refieren explícitamente a lo que entienden por *virtud*, sí dan a entender que la noción de *virtud* se refiere, en el contexto de las reglas ideales, a una propiedad que guarda una relación determinada con la función de la cosa.

Esta idea está sugerida en el tratamiento que hacen AyB de una regla ideal distinta a la que es abordada en este trabajo. Al referirse a la exigencia de que los sistemas jurídicos sean puramente normativos[5] –exigencia que entienden como una regla ideal[6]– AyB sostienen que «Parece razonable creer que todos los sistemas jurídicos y morales deberían ser puramente normativos, ya que su función es regular conductas humanas y no describirlas» (Alchourrón y Bulygin, 1975, pp. 86-87). Surge con claridad del pasaje citado que AyB asumen que la plausibilidad de una regla ideal depende de que aquella propiedad que se exige guarde una relación determinada con la función de la cosa. Al sostener que es razonable creer que los sistemas jurídicos deben ser puramente normativos, *ya que* su función es regular conductas humanas, AyB dan a entender que atribuyen la plausibilidad de esa regla ideal a la relación entre la propiedad exigida y la función de la cosa (en este caso, la de regular conductas humanas).

A su vez, la idea de que la virtud de una cosa es una propiedad que favorece el cumplimiento de la función de la cosa como cosa de una clase no es en absoluto ajena a la tradición filosófica occidental, ni a la filosofía analítica contemporánea. Está presente desde Aristóteles (2001: 57), y encontramos ejemplos modernos de la misma concepción, por ejemplo, en Korsgaard (2009, p. 28-29) y Raz (1979, p. 225-226).

Korsgaard da a la exigencia de estas propiedades (el equivalente a una regla ideal para Von Wright) el nombre de «constitutive standards», que son «los estándares normativos a los que la organización teleológica de una cosa da origen» (Korsgaard 2009, p. 28)

Raz entiende las virtudes de los sistemas jurídicos (y de las demás cosas) como propiedades que favorecen o facilitan la realización de su propósito. Llama a estas

5. Que sean puramente normativos significa, para AyB, que no tengan consecuencias descriptivas.
6. Luego de nombrar la exigencia de que los sistemas jurídicos sean puramente normativos, AyB agregan: «Pero una exigencia (o una regla ideal en el sentido de Von Wright) (…) no debe ser confundida con un hecho». Esta afirmación deja ver con toda claridad que AyB entienden la exigencia de pura normatividad como una regla ideal. En esa medida, aunque se trate de una exigencia distinta a la de completitud, lo que AyB sostienen en el pasaje aquí discutido es útil para revelar su posición respecto a la noción de *regla ideal*.

propiedades, alternativamente, «good-making characteristics», «inherent value», «specific excellence», «virtue of law in itself» (Raz, 1979, p. 225-226). Sostiene que esa clase de virtudes son «la virtud de la eficiencia, la virtud del instrumento en tanto instrumento» (Raz, 1979, p. 226), es decir, son propiedades que permiten al sistema jurídico llevar a cabo su función como sistema jurídico.

Creo que lo dicho hasta ahora basta para sostener que la relación entre la *función* o *propósito* de la cosa y una propiedad es lo que hace a esa propiedad una *virtud*.[7] Son *virtudes* las propiedades que favorecen el cumplimiento de la función de la cosa. Se ve, entonces, que la idea de que la exigencia de completitud es una regla ideal puede reformularse en términos de virtud: la completitud es una virtud de los sistemas jurídicos (i.e. una propiedad que favorece el cumplimiento de la función de los sistemas jurídicos). Puede reexpresarse en términos de virtud porque si una regla ideal es la exigencia de que una cosa tenga una propiedad porque esa propiedad es una virtud de la cosa y si la exigencia de completitud es una regla ideal, entonces aquello que exige debe ser una virtud.

SECCIÓN II

1. El problema con el razonamiento de AyB

El razonamiento propuesto por AyB tiene la siguiente forma[8]:

> **P1:** Para todo caso, hay razones para decidir de un modo determinado sobre su calificación deóntica.[9]

7. De todos modos, es importante aclarar que el rechazo de la conclusión de que lo que hace que una propiedad sea una virtud es una relación determinada con la función de la cosa no lleva necesariamente a rechazar las conclusiones defendidas más adelante. Es decir, tales conclusiones son compatibles con otras nociones de virtud como por ejemplo que se trata de una propiedad que guarda una relación determinada con la *esencia* de una cosa (siempre que las premisas sobre esos otros criterios– p.ej. la 'esencia– no sean puramente racionales). Sin embargo, parece difícil siquiera imaginar un criterio alternativo al de la función, que no reconduzca de alguna manera a él.
8. AyB no presentan el razonamiento de esta forma, pero creo que el razonamiento así entendido es implicado por la afirmación «ese ideal se funda única y exclusivamente en el Principio de Razón Suficiente y es independiente de toda ideología política o filosófica». Es cierto que la idea de 'fundar' es un tanto vaga, y que no necesariamente refiere a una relación lógica: B se funda en A no quiere decir, necesariamente, que A implique B. Sin embargo, si se entiende la noción de fundar de un modo alternativo (sosteniendo que A tiene una relación especial con B, y que tal relación supone que A funda a B –por ejemplo, A *causa* B–), la tesis de AyB sigue siendo implausible. Si se quisiera reconstruir el razonamiento entendiendo 'fundar' de otro modo, como, por ejemplo, en términos de causación, simplemente habría que agregar una premisa del tipo 'el hecho de que todo caso sea solucionable *causa* el hecho de que la completitud es una virtud de los sistemas jurídicos', pero esto no modifica la viabilidad de la crítica presentada en este trabajo.
9. Es la versión normativa del Principio de Razón Suficiente.

C: La completitud es una virtud (en el sentido de Von Wright) de los sistemas jurídicos.

Se ve con claridad que la conclusión no sigue de la premisa. Es decir, no basta la versión normativa del principio de razón suficiente para llegar a la conclusión de que la completitud es una virtud de los sistemas jurídicos.

Es evidente que el hecho de que frente a cualquier caso haya razones para decidir de un modo determinado sobre su calificación deóntica no implica que para ser un *buen* sistema jurídico un sistema jurídico debe solucionar todos los casos, sino solamente que hay razones para solucionar todos los casos, y, por lo tanto, que, en principio, a través de un sistema jurídico se *puede* solucionar todos los casos obedeciendo razones.

Además, como señalaré en la Sección III, el razonamiento de AyB tiene un problema adicional. Entender que **P1** significa que para todo caso hay razones para prohibir, permitir u obligar pero que no puede haber razones para no regular, es decir, para mantener la laguna normativa, es poco plausible, porque pueden imaginarse casos en los que hay razones para *elegir* mantener una laguna normativa. Si se interpreta **P1** en sentido amplio, es decir, si se interpreta que 'decidir de determinada forma respecto a la solución' incluye decidir mantener una laguna normativa, entonces **P1** es plausible, pero demasiado débil.

Por lo tanto, la afirmación de AyB «Que ese ideal se funda única y exclusivamente en el Principio de Razón Suficiente y es independiente de toda ideología política o filosófica» (Alchourrón y Bulygin, 1975, p. 238) es falsa, al menos en cuanto sostienen que se funda *única y exclusivamente* en el Principio.

El rechazo del razonamiento desde el Principio de Razón Suficiente, sin embargo, no alcanza para probar que la completitud no es un ideal puramente racional. El razonamiento desde el Principio de Razón Suficiente es solamente uno de los tantos intentos posibles para mostrar que la completitud es un ideal puramente racional. Para probar que la completitud no es un ideal puramente racional, es necesario mostrar que ninguna premisa o conjunto de premisas 'puramente racionales' permiten llegar a la exigencia de completitud como conclusión.

Hay dos caminos para hacer esto: descartar todos los razonamientos 'puramente racionales' posibles (es decir, mostrar que ninguna premisa o conjunto de premisas 'puramente racionales' son suficientes para llegar a la conclusión) o mostrar que existe al menos una premisa que no es 'puramente racional' y que es *necesaria* para llegar a **C**.

Creo que el primer camino es quimérico por dos razones: por un lado, porque AyB no definen qué es una premisa 'puramente racional', y por lo tanto intentar un argumento que depende de hallar todas las premisas 'puramente racionales' está sujeto a justificadas objeciones interpretativas, porque supone crear una definición (o al menos fijar la extensión del concepto). En segundo lugar, creo que, cualquiera sea la definición o extensión que se dé al conjunto de premisas 'puramente racionales', tal conjunto será, probablemente, demasiado extenso para que sea razonable descartar cada razonamiento posible.

Por lo tanto, en la subsección siguiente intentaré seguir el segundo camino, es decir, intentaré mostrar que hay una premisa que no es 'puramente racional' y que es *necesaria* para llegar, a través de un razonamiento válido, a **C**. Para hacerlo, sostendré que el ideal de completitud depende de una premisa propia de la filosofía del derecho y que, por lo tanto, no es un ideal racional.

2. La premisa necesaria

La premisa necesaria surge de la definición de virtud propuesta en la subsección 2.b. Si una propiedad es una virtud si y sólo si favorece el cumplimiento de la función de la cosa, entonces para que una propiedad sea virtud de una cosa, es una condición necesaria que la función de la cosa sea favorecida por la propiedad de que se trate. Por lo tanto, parece indiscutible que:

> **P2:** La función de los sistemas jurídicos es X y X es favorecida por la completitud[10]. es una condición necesaria de **C.** En otras palabras, quien afirma **C** queda 'comprometido' a **P2**, es decir, no puede negar **P2** sin incurrir en una contradicción.

Como señalé en la Sección I.1, AyB entienden que, para ser un ideal puramente racional, la exigencia de completitud debe ser independiente de toda ideología política o filosófica.[11] Creo que, como premisa sobre la función de los sistemas jurídicos, una premisa del tipo de **P2** es una posición en filosofía política o del derecho. Si bien es contingente y convencional, creo que es absolutamente natural entender que la función de los sistemas jurídicos es parte del concepto de derecho que se sostenga, o, al menos, que guarda una relación directa con el concepto de derecho que se sostenga. Nótese, por ejemplo, que en la teoría del derecho del último siglo es usual que las teorías sobre el concepto del derecho se presenten junto con o incluyan posiciones sobre la función de los sistemas jurídicos.

Así, por ejemplo, Dworkin sostiene que «el propósito más abstracto y fundamental de la práctica jurídica es guiar y restringir el poder del gobierno» (Dworkin, 1986, p. 93), y Hart, por su parte que la función del derecho es «proveer guías para la conducta humana y estándares contra los cuales se evalúa esa conducta» (Hart, 1961, p. 249). También Raz se ocupó del problema de la función de los sistemas jurídicos, y sostuvo explícitamente que la función del Derecho es de gran importancia para una explicación general sobre la naturaleza del Derecho (Raz, 1979, p. 163) Más recientemente, Mark Greenberg sostuvo, como parte de su 'Moral Impact Theory of Law', ha sostenido que la función del Derecho es «mejorar la situación moral, cambiando las circunstancias para que todos tengan la obligación de participar en una solución determinada» (Greenberg,

10. En el razonamiento de AyB, **P2** sería «la función de los sistemas jurídicos es regular casos atendiendo a las razones aplicables, y esto es favorecido por la completitud»
11. Ver la definición de 'ideología política o filosófica' dada en la Subsección I.1.

2014, p. 1294), y que esa visión sobre la función del Derecho «parte de la naturaleza del Derecho» (Greenberg, 2014, p. 1294). Además, Greenberg ha sostenido, como tesis metodológica, que el rol de los sistemas jurídicos puede ser parte de la naturaleza del Derecho (Greenberg, 2014, p. 1294; Greenberg, 2010, pp. 86-89). También Scott Shapiro incluyó recientemente una tesis sobre la función del derecho en su 'Planning Theory of Law', que llama 'Moral Aim Thesis', según la cual «el propósito fundamental de la actividad jurídica es remediar las deficiencias morales de las circunstancias de legalidad» (Shapiro, 2017, p. 18).

Creo que esta breve enumeración basta para mostrar el lugar que ocupan las posiciones sobre la función de los sistemas jurídicos en la teoría del derecho del último siglo. En esa medida, como dije, parece razonable sostener que las posiciones sobre las funciones del derecho son posiciones en filosofía política o del derecho y por ende, en los términos de AyB, parte de 'ideologías políticas o filosóficas'.

Además, si bien –como señalé en la Sección I.1.– no es necesario que efectivamente haya desacuerdo sobre una posición en la filosofía política o del derecho para que esa posición sea una posición en la filosofía política o del derecho, creo que los pasajes citados muestran con toda claridad que, en el caso de las posiciones sobre la función de los sistemas jurídicos, sí existe, efectivamente, un extendido desacuerdo en el marco de la filosofía política y del derecho. Si bien esto no es necesario para mostrar que se trate de una posición de filosofía del derecho, sí es útil para mostrar que las posiciones sobre la función del derecho –de las que depende el ideal de completitud de los sistemas jurídicos–, son el eje de un importante debate todavía vigente, y en esa medida es importante reconocer que la exigencia de completitud depende, precisamente, de ese debate.[12]

Por lo dicho, parece que **C** depende de una premisa (**P2**) que no es puramente racional**.** Sin embargo, se podría responder a esta objeción señalando que descansa en una definición equivocada de dependencia.

Se podría responder a esto que el hecho de que **P2** sea una condición necesaria de **C** no implica que **C** *dependa* de **P2.** Es decir, según una versión restringida de la idea de dependencia, **C** (o cualquier premisa) sólo depende de aquellas premisas que sea necesario afirmar para llegar a **C** como conclusión. Por ende –dado que es posible llegar a una premisa como conclusión sin incluir en el razonamiento todas sus condiciones

12. Es cierto que, a cierto nivel de abstracción, probablemente desaparezcan los desacuerdos sobre la función de los sistemas jurídicos (agradezco a uno de los dictaminantes por hacerme ver este punto). Por ejemplo, probablemente no habría desacuerdo entre las posiciones citadas acerca de la premisa 'la función del derecho es modificar de algún modo el mundo' o, incluso, acerca de la premisa más específica 'la función del derecho es afectar de algún modo la conducta humana'. Sin embargo, creo que, aún así, el desacuerdo existente a un nivel de menor abstracción sirve para mostrar la importancia de lo que se propone el presente trabajo. Además, si bien un mayor nivel de abstracción hace desaparecer los desacuerdos acerca de cuál es la función de los sistemas jurídicos, creo que puede generar nuevos desacuerdos acerca de la segunda parte de **P2**: a un nivel muy alto de abstracción, deja de ser tan claro que la completitud favorece la función de los sistemas jurídicos.

necesarias– el hecho de que **P2** sea condición necesaria de **C** no implicaría que **C** depende de **P2**.

Por lo tanto, frente a esta interpretación de '*depender*', es necesario, para probar que la tesis de AyB es falsa, que hay al menos una premisa que no es puramente racional, y es una *premisa necesaria* para llegar a **C** como conclusión. Es decir, que hay al menos una premisa que pertenece a una posición en filosofía política o del derecho y que es inevitable incluir en todo razonamiento válido que tenga **C** por conclusión.

Sin embargo, esta respuesta no logra salvar al argumento de AyB. No parece posible construir un razonamiento válido que permita llegar a **C** sin incluir **P2** entre sus premisas. Un ejemplo ilustrará esta afirmación:

Imaginemos que en un examen de ingeniería el profesor le muestra al alumno dos ejemplares de un tipo de caño que sirve para distribuir agua. Uno de los ejemplares está hecho de un material que se oxida al contacto del agua y el otro con un material resistente al agua. Entonces el profesor pregunta '¿Cuál caño es mejor?'. El alumno contesta correctamente que el que no se oxida es mejor. El profesor le pregunta qué significa que un caño sea bueno. El alumno responde que significa que cumple bien su función. Entonces el profesor le pregunta cuál es la función de esos caños. El alumno no sabe. El profesor concluye, razonablemente, que el alumno no puede haber razonado que un caño es mejor que el otro sin antes saber cuál es su función. O, en otras palabras, no puede haber razonado que la propiedad de no oxidarse es una *virtud* del caño sin antes saber cuál es su función. Al menos no parece posible con la definición de bondad que dio el alumno, que es la misma que utilizan AyB.

Podemos concluir, entonces, que para llegar a **C** como conclusión es necesario recurrir a una premisa que es propia de la filosofía política o del derecho (**P2**) y, en esa medida, **C** *depende* de ciertas posiciones en filosofía política o del derecho. Es decir, es necesario partir de cierta concepción sobre la función de los sistemas jurídicos para poder concluir que la completitud es una virtud de los sistemas jurídicos. Por lo tanto, la exigencia de completitud de los sistemas jurídicos no es un ideal racional.

Concluido esto, es necesario preguntarse si **P1** cumple algún rol en un razonamiento como el propuesto, que parte de **P2** y la definición de virtud para concluir **C.**[13] Si afirmamos **P2**, no parece necesario incluir **P1** en el razonamiento para poder llegar a **C** como conclusión, dado que de la conjunción de **P2** con la definición de *virtud* se sigue **C**. En esa medida, creo que **P1** no es ni necesario ni suficiente para concluir **C.**[14]

13. Agradezco a uno de los/las dictaminantes de *Doxa* el haberme hecho notar la necesidad de aclarar este punto.
14. Sin embargo, creo que aún así **P1** desempeña una función importante en este razonamiento. **P1** es necesaria para que la exigencia expresada en **C** sea una exigencia *realizable*. Es decir, si exigimos que un sistema jurídico sea completo (que solucione todos los casos), es necesario, para que ese ideal pueda ser cumplido, que todos los casos sean solucionables. Esto no quiere decir que sea necesario afirmar **P1** para concluir **C**, pues es posible concluir válidamente que un ideal sólo parcialmente realizable es el objeto de una regla ideal. Podemos afirmar, por ejemplo, que el médico ideal es el que cura toda enfermedad, aún si ese ideal es imposible de cumplir de manera completa.

3. La presencia de P2 en Sistemas Normativos

En esta subsección sostendré que en ciertos pasajes AyB parecen darle gran relevancia a la función de los sistemas jurídicos como fundamento de la regla ideal.

Por ejemplo, cuando afirman «[la regla ideal está] intrínsecamente ligada a la *función central de* [*los sistemas normativos*]*:* hacer posible la adjudicación de un significado normativo a las acciones humanas.» (Alchourrón y Bulygin, 1975:232), AyB dan un lugar central a la función de los sistemas jurídicos en la fundamentación de la regla ideal. Una vez más, la noción de estar 'intrínsecamente ligado' no es del todo clara, y no permite concluir sin más que AyB sostengan que la exigencia de completitud *depende* de una premisa sobre la función de los sistemas jurídicos. No obstante, el pasaje deja ver con toda claridad que AyB notan la conexión entre afirmar una regla ideal respecto de una cosa y afirmar algo sobre la función de esa cosa.[15]

A su vez, como señalé en la Sección I.2, al referirse a la exigencia de que los sistemas jurídicos sean puramente normativos –es decir, que no contengan enunciados descriptivos–, AyB sostienen que esa exigencia –en tanto regla ideal– se apoya en la función de los sistemas jurídicos.

Por supuesto, estos pasajes no permiten afirmar que AyB apoyen inequívocamente la tesis sostenida en este trabajo. Esto porque el hecho de que AyB admitan que la función *puede* fundamentar una regla ideal –esto está implicado en la idea de que en este caso el fundamento de la regla ideal es una premisa sobre la función–, no implica que admitan que *sólo una referencia a la función* pueda proveer tal fundamento (es decir, no implica que admitan que la regla ideal *dependa* de una premisa sobre la función de la cosa). En otras palabras, las afirmaciones citadas son consistentes con la idea de que es posible construir un razonamiento puramente racional para fundamentar una regla ideal. Sin embargo, creo que, si se lo interpreta razonablemente, el pasaje permite ver que la idea de una estrecha relación entre función y regla ideal está presente en el trabajo de AyB, aunque apenas desarrollada.

En suma, si bien no es suficiente para señalar que existe una contradicción en el trabajo de AyB –por afirmar la completitud como ideal racional, por un lado, y la relación entre función y regla ideal defendida en este trabajo, por el otro–, sí pueden señalarse ciertos indicios que permiten pensar que una expresión más acabada de los pasajes citados podría llevar a tal contradicción. Esta es, entonces, la modesta conclusión

15. El pasaje citado puede llegar a entenderse, por el uso de la frase 'intrínsecamente ligado', como un intento de mostrar que la exigencia de completitud satisface la condición positiva del ideal racional: hallarse íntimamente ligado a la actividad racional, dando a entender que la función que atribuyen a los sistemas jurídicos (hacer posible la atribución…) es parte de esa actividad racional por excelencia. Sin embargo, este argumento también es vulnerable a la objeción presentada en la subsección anterior, pues depende de la afirmación de que la función de los sistemas jurídicos es posibilitar la adjudicación de significado normativo. Ahora bien, aún si esa función fuera parte de la 'actividad racional por excelencia', la afirmación de que ésa (y no otra) es la función de los sistemas jurídicos sigue siendo, por los motivos indicados en la sección anterior, una premisa de filosofía política y del derecho.

de la presente subsección: la relación entre función y regla ideal no es en absoluto ajena al pensamiento de AyB, aunque el desarrollo que hacen de ella no es lo suficientemente acabado como para advertir una contradicción.

SECCIÓN III: UNA INTERPRETACIÓN ALTERNATIVA

Es posible hacer una interpretación alternativa del argumento de AyB. Para hacerlo, hay que quitar a la noción de *regla ideal*[16] del lugar central que ocupaba en el argumento, y reemplazarla por la idea de que la exigencia de completitud es lo que exigen las razones para la acción que tiene el legislador.[17] El argumento puede reconstruirse informalmente del siguiente modo:

> **P(i):** Para todo caso el balance de razones para la acción exige prohibir, permitir u obligar a una acción.
> **P(ii):** Si hay una laguna del derecho hay un caso ante el cual ninguna conducta fue permitida, prohibida o calificada de obligatoria.
> **C:** Si hay una laguna del derecho el legislador actuó sin atender al balance de razones para la acción.

La idea sería, entonces, que la exigencia de completitud es una exigencia al legislador, que consiste en exigirle que obedezca al balance de razones para la acción que le son aplicables. El argumento descansaría en la idea de que si existe una laguna jurídica, entonces necesariamente el legislador ha incumplido con las razones para la acción que le son aplicables. Por ende, se le exigiría que solucione todos los casos, pues sólo así puede actuar atendiendo a las razones para la acción aplicables.

Este argumento fracasa porque **P(i)** es falsa. Esto se debe a que omitir regular es también una forma de actuar, tanto como quedarse quieto frente a un cruce de caminos es una forma de actuar. No hay ninguna razón –al menos AyB no dan ninguna– para afirmar que nunca pueda haber razones para la acción que exijan no regular un caso. Por ejemplo, imagínese que existe una laguna normativa y, por un lado, la permisión y la obligación de una conducta frente al caso no regulado generarían el enojo de un

16. La interpretación aquí propuesta también podría pensarse en términos de una *regla ideal*. En ese caso descansaría sobre la premisa de que la función de los sistemas jurídicos es favorecida por el hecho de que el legislador atienda al balance de sus razones para la acción al producir el sistema jurídico. Además del problema descripto en II.2. y el descripto en la Sección III, este argumento tiene el problema de que no parece cierto que el hecho de que el legislador obedezca a sus razones para la acción favorece la función de los sistemas jurídicos, pues no parece que las razones para la acción del legislador siempre le exijan que haga el mejor sistema jurídico posible. Incluso se podría tomar el ejemplo de los disturbios como un ejemplo en el cual el legislador atiende a sus razones para la acción, pero al hacerlo genera un sistema jurídico que cumple peor con su función.
17. «Se trata de un ideal puramente racional en el sentido de que se halla íntimamente ligado a la actividad racional por excelencia: la de explicar, fundamentara, dar razones». (Alchourrón y Bulygin, 1975, p. 234).

sector social y por el otro su prohibición generaría igual enojo en otro sector y, por lo tanto, cualquier solución (i.e. permisión, prohibición u obligación) que se dé al caso provocaría disturbios graves. Parece que en este caso el balance de las razones para la acción relevantes le exige al legislador que no elimine la laguna normativa existente. Por lo tanto, parece que existen casos en que el balance de razones para la acción exige *no regular*. En tales casos el balance no exige permitir, prohibir ni obligar y, por lo tanto, **P(i)** es falso.[18]

Una formulación más plausible de **P(i)** sería «para todo caso hay razones para decidir sobre su calificación deóntica» (esta formulación incluiría la opción de no regular), pero en ese caso de la combinación de **P(i)** y **P(ii)** no sigue la conclusión, dado que el balance de razones puede haberle exigido al legislador que no regule el caso y, por lo tanto, puede existir una laguna del derecho sin que el legislador haya actuado sin atender al balance de razones.

CONCLUSIÓN

En la Sección I.1. presenté la tesis de AyB y definí la noción de ideal racional. En la Sección I.2 reconstruí el argumento de AyB. Me ocupé, en primer lugar (Sección I.2.a) del rol de la versión normativa del Principio de Razón Suficiente en el argumento. Luego, (Sección I.2.b) definí la noción de *regla ideal*, y sostuve que una propiedad es una virtud cuando favorece el cumplimiento de la función de la cosa.

En la Subsección II.1. sostuve que la exigencia de completitud no sigue de la versión normativa del Principio de Razón Suficiente**.** En la Subsección II.2. sostuve que existe una premisa (**P2)**, que es propia de la filosofía política o del derecho, y que es una premisa necesaria para llegar a **C**. Concluí, entonces, que la completitud de los sistemas jurídicos no es un ideal puramente racional, porque **C** depende de una premisa de filosofía política o del derecho.

En la Subsección II. 3. sostuve que AyB parecen compartir la idea de que existe una estrecha relación entre la función de una cosa y sus virtudes; y, por ende, entre la función de la cosa y las reglas ideales que le son aplicables.

Por último, en la Sección III propuse una interpretación alternativa del argumento de AyB. Reconstruí informalmente el argumento alternativo y sostuve que una de sus premisas es falsa y que, al corregirla, la conclusión no sigue de las premisas.

La conclusión general del trabajo es, entonces, que la exigencia de completitud de los sistemas jurídicos no es un ideal puramente racional o, en otras palabras, que no es un *presupuesto* en los debates de filosofía política y del derecho, es decir, no es un punto de partida previo a tal debate. Por el contrario, la exigencia de completitud es uno de los puntos del debate, pues es necesario tomar una posición sobre la función de los

18. Para un argumento similar al mío, pero referido a las contradicciones (no a las lagunas) de un sistema jurídico, ver (Von Wright, 1983**:**43).

sistemas jurídicos para poder concluir que la completitud es una virtud de los sistemas jurídicos. En esa medida, en contra de lo que sostienen AyB, el ideal de completitud *depende* de posiciones políticas y de filosofía del derecho. Creo que es una conclusión relevante, en tanto contradice la que parece ser la idea corriente acerca del problema: que es una obviedad que los sistemas jurídicos deben ser completos, que tal afirmación es previa a los debates en filosofía política y del derecho, etc.

BIBLIOGRAFÍA

Aguilera Campos, D. E, (2016). *Principio de Razón Suficiente en Leibniz. Luxiérnaga* Vol. 6, Núm. 11/ 2016.

Alchourrón, C, (1996). *Law and Logic*. *Ratio Juris, vol. 9, 4, pp. 331-348.*

Alchourrón, C. y Bulygin, E, (1975). *Sistemas Normativos. Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales.* Buenos Aires. Editorial Astrea. 2da Edición, 2012.

Aristóteles, (2001). *Ética a Nicómaco.* Madrid. Alianza Editorial.

Atria, F, (2019). *Sobre las Lagunas* en *El Libro de los Permisos.* Madrid. Marcial Pons.

Bulygin, E, (2000). *Sistema Deductivo y Sistema Interpretativo*, Isonomía N.º13

Bulygin, E, (2019). *En Defensa de El Dorado. Una Respuesta a Fernando Atria* en *El Libro de los Permisos*. Madrid. Marcial Pons.

Dworkin, R, (1986). *Law's Empire.* Bloomsbury.

Finnis, J., (1980). *Natural Law and Natural Rights.* Oxford University Press. 2nd Edition, 2011.

Greenberg, M. (2010). *The Standard Picture and its Discontents*. En Oxford Studies in the Philosophy of Law, Oxford University Press. Leslie Green y Brian Leiter (eds.), 2011.

Greenberg, M. (2014). *The Moral Impact Theory of Law. The Yale Law Journal. Vol. 123, N.º5, 2014, pp. 1248-1342.*

Hart, H.L.A, (1961). *The Concept of Law*. Clarendon Law Series, Oxford University Press. 3rd Edition, 2012.

Kelsen, H., (1979). *Teoría Pura del Derecho*. Editorial UNAM, Trad. Roberto J. Vernengo.

Korsgaard, C, (2009). *Self-Constitution. Agency, Identity, and Integrity*. Oxford University Press.

Leibniz, G. W, (1989). The Monadology. *En Loemker L.E. (eds) Philosophical Papers and Letters. The New Synthese Historical Library (Texts and Studies in the History of Philosophy),* vol 2. Springer, Dordrecht, 646-653. DOI: https://doi.org/10.1007/978-94-010-1426-7_68.

Leibniz, G. W, (1989). *Philosophical Essays.* Translated by Roger Ariew and Daniel Garber. Indianapolis: Hackett. Abbreviated.

Melamed, Y. and Lin, M, (2021). *Principle of Sufficient Reason*, en *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. https://plato.stanford.edu/archives/sum2021/entries/sufficient-reason/.

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

Navarro, P, (2020). *Lagunas en el Derecho y Casos Irrelevantes*. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho,* (43), 159-187. DOI: https://doi.org/10.14198/DOXA2020.43.07

Nino, C., (1973). *Introducción al Análisis del Derecho.* Buenos Aires. Astrea. 2da Edición, 1980.

Pereda, R, (2014). *El Principio de Razón Suficiente y la Ciencia*. *Scientia et Fides.* 2(1)/ 2014, 125-137. DOI: http://dx.doi.org/10.12775/SetF.2014.006

Rabbi-Baldi CAbanillas, R., (2016). *Teoría del Derecho. Buenos Aires. Editorial Ábaco.*
Ratti, G, (2013). *El Gobierno de las Normas*. Madrid. Marcial Pons
Raz, J, (1979). *The Authority of Law.* Oxford University Press. Traducción propia.
Redondo, M.C, (2000). *Lógica y Concepciones del Derecho*, Isonomía N.º13, 35-54.
Redondo, M.C, (2006). *Sobre la Completitud de los Sistemas Jurídicos*, Análisis Filosófico XXXVI N.º2 294-334.
Rodríguez, J.L. y Navarro P. E., (2014). *Deontic Logic and Legal Systems.* Cambridge University Press.
Von Wright, G.H, (1963). *Norma y Acción*. Madrid. Editorial Tecnos.
Von Wright, G.H, (1983). *Normas, Verdad y Lógica*. Santiago de Chile**.** Ediciones Olejnik**.**

NOTAS

Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, (2022), *45*
e-ISSN: 2386-4702 | ISSN: 0214-8676

Sobre «La tiranía del mérito»

On «The Tyranny of merit»

Antonio Villar*

Autor:
Antonio Villar
Universidad Pablo de Olavide, España
avillar@upo.es
https://orcid.org/0000-0002-2670-7552

Recibido: 5-4-2021
Aceptado: 5-7-2021

Citar como:
Villar, Antonio (2022). Sobre «La tiranía del mérito». Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, *45*, pp. 467-475. https://doi.org/10.14198/DOXA2022.45.16

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

© Antonio Villar

Resumen

Este trabajo tiene por objeto la discusión de algunas de las ideas contenidas en el reciente libro de M. Sandel «La Tiranía del Mérito». El autor plantea de forma articulada y convincente algunas de las implicaciones indeseables de la aplicación del principio del mérito en el proceso de selección social, especialmente centrado en la educción superior. El texto ofrece una visión de la realidad muy estrecha, centrada en la sociedad americana y carece de respuestas a los problemas que plantea. El discurso es de naturaleza moralista, falto de matices y profundamente conservador.

Palabras clave: meritocracia; selección social; moralismo; educación superior; igualdad de oportunidades.

Abstract

This work deals with the ideas presented in M. Sandel's book «The Tyranny of merit». The author formulates, in a clear and convincing way, the drawbacks of the meritocracy as a device of social sorting, focusing on higher education. The text is quite narrow minded, self-referential and does not provide answers to the questions pur forward. The discourse is mostly moralist and deeply conservative.

Keywords: meritocracy; social sorting; moralism; higher educations; equality of opportunity.

* Agradezco a Manuel Atienza, Antonio Cabrales, Joan Esteban, Carmen Herrero, Sara de la Rica y Jordi Sevilla la discusión de una versión previa de este texto.

INTRODUCCIÓN

He leído con interés y una cierta incomodidad el libro de «La tiranía del mérito» del Profesor de Filosofía de Harvard Michael Sandel, en el que pone en cuestión algunas de las ideas que muchos de nosotros compartimos sobre la valoración del esfuerzo, la validez del principio del mérito o la relevancia del enfoque de igualdad de oportunidades en la implementación de las políticas públicas.

El autor plantea de forma clara las limitaciones del principio del mérito como elemento de valoración social, en particular en el mundo de la educación superior. Su crítica se centra en el efecto de reforzamiento individual y colectivo que este principio proporciona a los ganadores (se lo han merecido), cuyo reverso es la frustración de los perdedores porque han fracasado (algo habrán hecho), convirtiéndose así en una justificación implícita de la desigualdad y un foco de descontento. La prevalencia de este principio, además, induce a las familias más acomodadas a dedicar abundantes recursos a conseguir preparar bien a sus descendientes para la competición. De este modo se van configurando unas nuevas clases sociales, la de los «listos» (formados en las mejores universidades) y la de los «tontos» (quienes carecen de educación superior o la han obtenido en centros de poco prestigio). La retórica del mérito tiende así a reforzar a los que parten de mejor situación al tiempo que les proporciona un andamiaje intelectual para explicar su éxito y una justificación moral para vanagloriarse de ello. Porque, en la sociedad meritocrática, estos éxitos serían fruto del talento, la preparación y el esfuerzo

propio, mientras que los fracasos derivarían de la falta de estos elementos. Y, sin embargo, señala Sandel acertadamente, el talento reconocido por la sociedad y el mercado es en parte una lotería (genética y familiar) y en parte un factor asociado al momento histórico, económico y social. Por tanto, nadie puede realmente presumir de que su esfuerzo sea la explicación de su éxito.

Son, sin duda, ideas que merecen consideración y que ponen algunas sombras sobre principios que nos han parecido claros durante mucho tiempo. Bienvenidas sean. La lectura del texto es fácil, si bien resulta excesivamente reiterativo. Está salpimentado con algunos datos, que le dan un aire «científico», y con ejemplos de casos que son usados en ocasiones como si fueran regularidades estadísticas. Debo confesar que conforme iba leyendo aumentaba la tensión derivada de las ganas de replicar al autor y mi juicio se ha ido volviendo progresivamente crítico. Quizás estos comentarios no sean más que una forma de liberar esa tensión.

UN DISCURSO SESGADO

Una de las características más destacadas de este libro es su marcada visión de túnel. Pareciera que todos los males de la sociedad (americana) actual derivasen de la prevalencia del mérito como principio ético dominante. A ello atribuye el autor cosas

tan variadas como el populismo (la elección de Trump y el Brexit), la globalización, los padres helicóptero, el aumento del consumo de drogas entre los universitarios, el incremento de suicidios entre los jóvenes o el deterioro de la esperanza de vida entre los americanos sin título universitario. Esta forma sesgada de interpretar la realidad con un único criterio, una especie de «todo a cien» filosófico, se agrava por la aproximación moralista al problema. Hay un retrogusto de predicador en el texto, donde no se contemplan las implicaciones de los juicios de valor sino simplemente su calidad en el universo de los principios. Es difícil obviar que algunos de estos valores morales, desgajados de sus implicaciones, han traído consigo instituciones como la Inquisición, pongamos por caso. En las antípodas del pragmatismo à la Bernstein.

Esta aproximación moralista se traduce en un discurso binario, escaso de matices y gradaciones. Así, del hecho de que el talento sea en parte una lotería genética y que la situación familiar afecte sustancialmente a las posibilidades de éxito, se concluye que nadie puede atribuirse sus logros por mérito. Una cosa es que no se pueda atribuir el éxito *sólo* al propio mérito y otra que no haya ningún mérito en el trabajo de quienes consiguen

sus metas (v.g. graduarse en las universidades de élite). No son cosas excluyentes. Sin duda Ussain Bolt ha tenido una dotación genética privilegiada, sin la cual no podría haber alcanzado los records mundiales que ha conseguido. Pero dudo mucho de que sin un duro y prolongado entrenamiento lo hubiera logrado. O sea, que algo tendrá que ver lo que ha puesto él de su parte. Que la mayoría de los jóvenes que son admitidos en las universidades de élite provengan de familias acomodadas indica la falta de igualdad de oportunidades en la sociedad, pero no equivale a que estas universidades admitan a los jóvenes por su patrimonio. Entre otras cosas porque también la mayoría de los que lo intentan y quedan fuera provienen del mismo entorno social.

El texto es muy plano en muchos aspectos, quizás por tratarse de un libro destinado al gran público o quizás para evitar el riesgo de que los matices desdibujen el mensaje. Por ejemplo, afirma con rotundidad que la globalización ha traído aparejada un gran aumento de la desigualdad. Pero no dice si se refiere a la desigualdad *dentro de* los países o *entre* los países. Porque los procesos de deslocalización industrial asociados a la globalización han aumentado las desigualdades dentro de los países desarrollados, pero parece que han reducido las distancias entre éstos y los países menos desarrollados (los datos de Naciones Unidas muestran una caída sustancial de la pobreza extrema en las últimas décadas, que no es un logro menor).

El autor usa como argumento, para desacreditar el sistema de admisión de las universidades más selectivas, el caso de un deportista con todos los records habidos y por haber, que no fue seleccionado entre los primeros cuando empezaba su carrera. De ahí concluye que los sistemas de selección habituales no consiguen predecir con precisión el futuro desempeño de los individuos. Dejando al margen que un caso no es una regla, este tipo de afirmación puede mirarse como una manifiesta obviedad, o como una falta de comprensión de lo que significa predecir. A un predictor hay que pedirle que sea eficiente e insesgado, es decir que no haya otro que en promedio lo haga mejor. Pero

lo que no se le puede pedir es sea capaz de adivinar el futuro, porque eso ya no forma parte del razonamiento científico.

Una ilustración adicional. Hacia el final de la obra Sandel propone la idea (prestada) de suprimir la imposición sobre los ingresos del trabajo y sustituirla por la imposición sobre el consumo. Con esta medida se reconocería la dignidad del trabajo y se apoyaría el carácter de productores de los trabajadores frente al de consumidores. De nuevo la discusión fluye en términos de principios, ignorando sus consecuencias. La más obvia, la de la conocida regresividad del sistema fiscal resultante. Bastaría observar la diferencia en el nivel de desigualdad en la distribución de la renta de mercado (antes de impuestos) y en la distribución de la renta disponible (después de impuestos), para comprobar que los países que mejoran más la distribución a través del sistema fiscal son aquellos con impuestos más progresivos.

IGUALDAD DE OPORTUNIDADES

Sandel es consciente de que para que la meritocracia sea socialmente aceptada se requiere poner en marcha políticas que compensen las desigualdades de partida. Consecuentemente, dedica muchas energías a criticar la filosofía de la igualdad de oportunidades, que es uno de los principios de justicia distributiva más relevantes en la actualidad y la base de muchas políticas liberales y socialdemócratas. Su crítica es esencialmente de implementabilidad, porque es una política que nunca consigue igualar por completo las condiciones de todos. Esto es cierto. Pero aquí la discusión no debiera ser en términos de categorías, sino de grados. Igualar las oportunidades en un 80% es socialmente preferible a que se igualen en un 20%, o no se igualen en absoluto. Este planteamiento me ha hecho recordar una estrambótica discusión de mis tiempos de estudiante universitario en la que una compañera insistía en que moralmente daba igual matar a una persona que a cien, o a mil, porque era siempre una violación del principio del respeto a la vida. Pues ahí estamos.

El principio de igualdad de oportunidades supone, dicho en términos de brocha gorda, no valorar las acciones sólo en términos de sus resultados, sino teniendo en cuenta que estos resultados dependen en parte de las decisiones autónomas de los individuos (lo que se suele llamar «el esfuerzo») y en parte de las circunstancias externas (familia, dotación genética, etc.). Las diferencias debidas a decisiones autónomas son perfectamente aceptables mientras que las diferencias derivadas de las circunstancias externas deben ser compensadas.

La idea de igualdad de oportunidades es atractiva y tiene implicaciones relevantes sobre la acción pública, ya que pone el foco sobre la nivelación de las condiciones de partida. Aun así, hay ciertos aspectos conceptuales que no terminan de estar bien resueltos en esta aproximación filosófica, debido a la compleja interacción entre decisiones autónomas y circunstancias. El primero de estos aspectos problemáticos tiene que ver con la valoración de las diferencias en lo que podemos llamar el «coste del esfuerzo».

Quien desarrolla un trabajo gratificante realiza un esfuerzo de bajo coste, por así decir, comparado con quien desarrolla un trabajo peligroso, desagradable o rutinario, cuyo único atractivo es que proporciona un ingreso. En segundo lugar, está el problema de cómo tratar la influencia de la suerte en los resultados, dado que su efecto puede depender tanto de la respuesta individual en términos de esfuerzo (decía Camilo José Cela que lo importante era que cuando te visitara la inspiración te pillara trabajando), como de las circunstancias de los individuos. El tercer aspecto problemático se refiere a cuándo los resultados diferenciales del esfuerzo (las historias personales) se convierten en circunstancias. Incluso si estudiar en Harvard puede atribuirse completamente al esfuerzo, el título de graduado de Harvard se convierte en una especie de circunstancia ventajosa que abre nuevas oportunidades (cabe recordar aquí cómo cambia la vida del joven protagonista de la novela de John Grisham «The Firm», cuando consigue su título de abogado). Y viceversa: aquellos que a los 16 años decidieron dejar de estudiar convirtieron su decisión en una circunstancia para el futuro que les cerraba muchas puertas. Haría falta considerar algún tipo de acotación a las implicaciones derivadas de pasadas decisiones, una especie de tasa de descuento temporal. No es obvio que el fruto del esfuerzo durante un periodo puntual deba generar réditos o penalizaciones para siempre.

Pero ninguno de estos temas aparece en el libro.

LA DIGNIDAD DEL TRABAJO

Son interesantes las ideas relativas a la dignidad de trabajo que el autor aborda al final del libro. Su planteamiento de base, resumido en dos palabras, es que el populismo ha crecido en Estados Unidos e Inglaterra (no hay prácticamente más referencias) derivado de la frustración de una clase trabajadora que se ha visto sacudida por la globalización y humillada por la meritocracia, sin que resulten suficientes las medidas de justicia distributiva implementadas por «los liberales» (término que englobaría a todos los que no están a la derecha del Partido Republicano). Aunque sin muchos detalles Sandel habla de «justicia contributiva» como contraposición a justicia distributiva, un tipo de justicia que fomentaría la redistribución de la dignidad social a través de la valorización del trabajo. Es una idea válida, aunque yo la veo como complementaria y no como alternativa a la justicia distributiva y no fácil de implementar. Porque sin justicia distributiva esa idea se acerca mucho a bonitas palabras para que cada uno siga en su sitio, pero con unas palmaditas en la espalda.

También resulta sugestiva la discusión que plantea sobre la consideración de los trabajadores como productores y no sólo como consumidores. Sin duda el trabajo no es sólo una fuente de renta sino de afirmación personal y de integración social, una actividad en la que los individuos se ven reconocidos como personas y miembros de una comunidad de la que forman parte y a la que contribuyen. Son aspectos cuya ausencia pone dramáticamente de manifiesto el desempleo de larga duración. Cuando

este reconocimiento se pierde, la renta suplementaria puede no ser suficiente para compensar la frustración que genera sentir que las capacidades que uno posee están dejando de ser útiles. La idea es interesante pero no muy nueva. En el Capítulo VI (Inédito) de El Capital, Carlos Marx ya hacía hincapié en las implicaciones de la alienación del trabajador del objeto de su trabajo, de la conciencia de su aportación a la producción. Sandel prefiere citar como referencia a Juan Pablo II, en una denodada negación de la contribución del pensamiento de izquierda a la justicia social.

En lo que a mí me parece un ejercicio de ilusionismo, Sandel identifica la globalización con la meritocracia y, consecuentemente, el descontento social de las clases populares derivaría de la prevalencia de este principio que las élites del centro derecha y centro izquierda llevan aplicando en las últimas décadas. Es cierto que la globalización es una fuente de inestabilidad para los trabajadores de muchas industrias tradicionales en los países más desarrollados. Pero ni siquiera es la principal. El gran elemento de tensión que amenaza el mundo laboral tal y como lo conocemos es el cambio tecnológico, lo que se denomina la IV Revolución Industrial, un tema que Sandel ha decidido omitir. El impacto del cambio tecnológico, ampliado por la globalización, está siendo analizado desde hace ya años por instituciones diversas, que tratan de anticipar qué tipos de empleos se perderán, qué nuevos se pueden crear y cómo hacer para que la transición tenga los menores costes posibles.

El cambio tecnológico y la globalización han inducido una gran polarización en las sociedades occidentales, que está bien documentada y tiene mucho que ver con el crecimiento de la inquietud social, la compresión de las clases medias y el auge del populismo. Pero son fenómenos distintos y mucho más poderosos que el de la meritocracia, si bien ésta puede añadir frustración adicional.

Las transformaciones derivadas del impacto del cambio tecnológico y la globalización van a requerir tanto el diseño de medidas de protección (amortiguadores sociales) como de mecanismos de actualización de las capacidades que permitan a los trabajadores más afectados garantizar un mínimo de ingresos, por una parte, y un proceso de formación que les mantenga dentro de la fuerza productiva, formando parte de los que contribuyen al destino colectivo, por otra.

MIRARSE EL OMBLIGO

El libro es notablemente auto-referencial, a pesar de que su objeto pareciera más general (lleva como subtítulo «Qué ha sido del bien común»). Por una parte, la discusión se centra únicamente en los problemas de la sociedad americana y nada parece existir fuera de ese entorno. Por otra parte, su referencia al papel de selección social de la educación se refiere casi en exclusiva a la educación universitaria.

Centrarse en los problemas de la sociedad americana es perfectamente legítimo, siempre que se especifique como contexto del discurso. Que no es siempre el caso. Al ignorar otras realidades el autor evita discutir el tipo de soluciones que otros países han

aplicado a los importantes problemas que plantea. En buena parte de los países europeos el estado del bienestar ha dado respuestas válidas a algunos de estos problemas. Si bien los problemas no han desaparecido, sí es claro que su impacto se ha reducido. El estado del bienestar viene a ser un modelo de riesgos compartidos, que garantiza ciertos mínimos a todos los ciudadanos, en particular a los que tienen menos éxito (un toque de Rawls), al tiempo que acota las ventajas de los que triunfan mediante un sistema fiscal progresivo. Esta idea de riesgos compartidos se materializa en algunos elementos esenciales no sólo para la economía de las familias sino también para su dignidad. El salario mínimo, la cobertura sanitaria universal de calidad, el acceso a la educación para todos, la garantía de las pensiones y las prestaciones por desempleo, el apoyo a los dependientes, … Son instituciones que, con diferentes gradaciones según los países, certifican que ser ciudadano genera derechos que no dependen del mérito y son de suficiente entidad como para asegurar unos mínimos vitales y de dignidad que, además, cimentan la integración social y generan una conciencia de colectivo.

Encuentro que el foco en la educación universitaria como elemento de clasificación social implica ignorar que buena parte de esa clasificación se ha producido ya previamente, que la falta de igualdad de oportunidades se manifiesta mucho antes (y que por tanto debiera también ser abordada en las etapas más tempranas del sistema educativo). Los informes PISA (Programme for International Students Assessment) de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), muestran que a la edad de 15 años ya se observa que los conocimientos adquiridos por los estudiantes presentan una fuerte dependencia del origen familiar (más de la educación de los padres que de su renta). Hay diferencias importantes por países, pero el factor familiar es muy relevante en todas partes, hasta el punto de que algunos autores consideran que la educación, ya a nivel de la educación obligatoria, amplía las diferencias sociales («schooling divides»). Me parece que ignorar este aspecto y centrar la discusión en el acceso a la universidad no es la mejor estrategia para abordar el problema de las diferencias sociales.

RIEN NE VA PLUS!

El texto es escasamente propositivo y apenas ofrece alternativas a las cosas que critica. Entre las pocas propuestas concretas que contiene, el autor sugiere acabar con el procedimiento habitual de selección de estudiantes en las universidades de élite, a través del Scholastic Assessment Test (SAT), que considera el núcleo de la meritocracia y el origen de sus indeseables implicaciones.[1] Sandel parte de la observación, acertada, de

1. El SAT es un examen estandarizado, realizado por una institución privada (el College Board), que se usa como base para la admisión en buena parte de las universidades norteamericanas y muchas otras en el resto del mundo (se calcula que unas 6000 instituciones usan esta prueba de acceso). Desde su aparición en 1926 ha cambiado varias veces de nombre y formato. En su última versión consiste en un examen

que la preparación media de los solicitantes de ingreso en estas universidades es tan buena que casi cualquiera podría ser admitido, sin detrimento del rendimiento de la institución. Lo que él propone, en consecuencia, es que se realice una admisión por sorteo entre los solicitantes, lo que ahorraría costes de gestión, reduciría la competitividad y el sufrimiento de los jóvenes, al tiempo que les haría ser conscientes de que su acceso no depende sólo de lo buenos que son, lo que fomentaría su humildad. En resumen, el sorteo sería una especie de torpedo en la línea de flotación de la meritocracia en este ámbito.

Se trata de una idea interesante que merece ser considerada con atención. El sorteo puede ser una buena alternativa cuando los aspirantes son altamente sustitutivos, como puede ser el caso (hay motivos para pensar que muchos de los solicitantes de admisión de estas universidades que quedan fuera podrían desarrollar sus estudios con similar solvencia a los que entran). Pero el profesor Sandel parece ignorar las implicaciones de esa medida. Como es una persona inteligente, no plantea que cualquiera que pida la admisión entre en el sorteo, sino solamente aquellos que superen un cierto umbral. Y aquí es donde hay que empezar a tener en cuenta las implicaciones de este mecanismo aleatorio. Porque la media de los solicitantes de admisión es ahora tan alta por el fortísimo proceso de autoselección derivado de la escasez de plazas y del exigente procedimiento de acceso: Se necesita obtener al menos 9,6 puntos sobre 10 en el SAT, para tener opciones de entrar en Harvard o Yale. De modo que sólo los que están en ese entorno lo intentan.

Pensemos qué puede pasar si la admisión se hace por sorteo entre los que superan un cierto umbral. Si el umbral es muy exigente, el sorteo puede ser un mecanismo de selección tan bueno como el sistema actual y más eficiente. Si simplemente ponemos un épsilon de error a las apreciaciones de los comités de selección, ya estamos ahí, en la alta sustituibilidad de los candidatos. Pero yo no veo que esto cambie la naturaleza meritocrática del proceso, que ahora constaría de dos etapas, una primera en la que se competiría para estar entre los que entran en el sorteo, y una segunda en la que la suerte determina quién entra y quién no. No me parece que en este caso se reduzca tampoco la frustración de los jóvenes, dado que los que han tenido mejores resultados y queden fuera «por mala suerte» no se van a sentir muy felices. O sea que un sorteo con un umbral exigente parece perfectamente razonable pero no resuelve los problemas que preocupan al autor.

Estos problemas se evitarían si se estableciera un umbral bajo para entrar en el sorteo. Pero las consecuencias de esta opción son fácilmente previsibles: en un par de años la media habrá caído sustancialmente ya que no haría falta preparase mucho para entrar y los solicitantes se habrían multiplicado. No creo que tardaran en surgir

de respuesta múltiple de tres horas de duración, centrado en el razonamiento y la comprensión, tanto del leguaje como de las matemáticas. Se realiza en inglés, independientemente del país en que se haga.

otras instituciones que aplicaran criterios más selectivos y acabaran llevándose a los estudiantes con mejores resultados.

CONCLUSIÓN

Esta obra constituye sin duda una lectura estimulante, que anima a la reflexión, porque plantea de forma convincente algunas consecuencias indeseables del principio del mérito. Si bien este principio ha supuesto romper con la determinación del origen social como criterio de selección, ha introducido también un elemento de justificación de las diferencias en los logros que tiende a desdibujar el problema de la desigualdad. La filosofía de la igualdad de oportunidades resulta insuficiente, según el autor, porque no consigue compensar las consecuencias indeseables de la meritocracia (es ilusorio pensar en la plena igualdad de las condiciones de partida, por una parte, y habría que tener en cuenta algo más que políticas distributivas, por otra).

El texto hace un llamamiento a cambiar los valores de la sociedad, recuperando aquellos más tradicionales, pero no proporciona realmente alternativas prácticas para que los individuos puedan progresar a través de mecanismos distintos de la meritocracia. Quizás esto último no sea tan sorprendente. Porque lo que pareciera inicialmente un ejercicio de erudición, al presentar el debate medieval sobre la «salvación por la gracia» y la «salvación por las obras», parece ser el núcleo de su discurso. Sandel se decanta decididamente por la primera, que supone conformarse con el mundo tal como es, la aceptación de la voluntad insondable del Creador. Y, por tanto, la negación del pensamiento heterodoxo de que el destino pueda estar en nuestras manos, como se derivaría del principio del mérito. Tratar de negociar con Dios sobre nuestro destino, a través del valor de nuestras acciones, es individualmente presuntuoso y socialmente nocivo. Este parece ser el fondo de su mensaje.

REFERENCIAS

Bernstein, R. J. (2010). *The pragmatic turn*. Polity.

Marx, K. (2011), *El Capital. Libro I. Capítulo VI* (Inédito), Siglo XXI.

Rawls, J. (2009). *A theory of justice*. Harvard university press (2nd. Ed.).

Sandel, M. J. (2020). *The Tyranny of Merit: What's Become of the Common Good?* London: Allen Lane.

Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, (2022), *45*
e-ISSN: 2386-4702 | ISSN: 0214-8676

La distopía meritocrática y la utopía comunitarista de Michael Sandel

The Meritocratic Dystopia and the Communitarian Utopia of Michael Sandel

Lucas E. Misseri

Autor:
Lucas E. Misseri
Universidad de Alicante, España
lucas.misseri@ua.es
https://orcid.org/0000-0002-8149-190X

Recibido: 9-11-2021
Aceptado: 24-11-2021

Citar como:
Misseri, Lucas E. (2022). La distopía meritocrática y la utopía comunitarista de Michael Sandel. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, *45*, pp. 477-491. https://doi.org/10.14198/DOXA2022.45.17

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

© Lucas E. Misseri

Resumen

El texto es un análisis crítico del libro *La tiranía del mérito* de Michael Sandel sobre la base del contraste conceptual distopía/utopía. En la primera sección se describen los tres elementos que constituirían la distopía meritocrática, que según Sandel, devino realidad en nuestro tiempo. En la segunda sección se da cuenta de dos alternativas que Sandel opone a la meritocracia: el neoliberalismo y el liberalismo igualitario, y se añade la alternativa socialista. Luego, se describen los aspectos constructivos de su libro. Finalmente, se subrayan algunas críticas a la propuesta sandeliana, especialmente algunos aspectos que parecen arbitrarios.

Palabras clave: meritocracia; aristocracia; credencialismo; justicia contributiva; igualdad de condiciones; bien común.

Abstract

The text is a critical analysis of Michael Sandel's book *The Tyranny of Merit* on the basis of the conceptual pair dystopia/utopia. The first section describes the three elements that constitute the meritocratic dystopia which became a reality in our times, according to Sandel. In the second section the two alternatives that Sandel opposes to meritocracy are described: the neoliberal, and the egalitarian liberal one; and the socialist alternative is added. Then, the constructive aspects of his book are described. Finally, some criticisms of the Sandelian proposal are highlighted, especially some aspects that seem arbitrary.

Keywords: meritocracy; aristocracy; credentialism; contributive justice; equality of conditions; common good.

INTRODUCCIÓN

En su reciente libro *La tiranía del mérito* el filósofo estadounidense Michael Sandel ofrece un diagnóstico de la situación de los Estados Unidos de América y algunas propuestas para cambiar el curso que este país está tomando en materia política y social. Para presentar su diagnóstico se vale de una distopía literaria, *The Rise of the Meritocracy* del sociólogo británico Michael Young; con ella pretende caracterizar la situación sociopolítica de su país y, en menor medida, de otras sociedades meritocráticas como las de China y Europa. El filósofo considera que los males de la meritocracia tendrían poder explicativo para entender mejor el reciente avance del populismo los Estados Unidos y en países como Gran Bretaña. Su análisis de esta distopía devenida realidad no se limita al diagnóstico, sino que intenta ofrecer algunas propuestas de salida desde una perspectiva valorativa afín a su comunitarismo.

En este artículo se aprovecha el uso que hace Sandel de la distopía literaria para reconstruir sus argumentos como una contraposición entre, por un lado, ese diagnóstico de distopía de la meritocracia (*pars destruens*) y, por otro lado, la utopía comunitarista que ofrece apoyo a las propuestas de Sandel (*pars construens*). Vale aclarar que, si bien el filósofo estadounidense emplea el término «distopía» en repetidas oportunidades, no menciona ninguna vez a la utopía, sino que prefiere hablar de «sociedad buena» (Sandel 2020, pp. 157 y 288). Sin embargo, si entendemos por «utopía» la representación de un tipo de sociedad ideal, claramente lo que propone como alternativa a la meritocracia no es otra cosa que un tipo de utopía. Esto, por supuesto, no es considerado una desventaja de su propuesta, sino el reconocimiento del carácter ideal que subyace a la misma.

En este trabajo se considera que el pensamiento utópico juega un rol en la reflexión teórico-práctica y es valioso en tanto que sugiere ideales de sociedad con los que juzgar las sociedades reales. Ya John Rawls (1999) había reivindicado, en sus últimos trabajos, la necesidad de utopías «realistas» en el marco de la reflexión en torno a la comunidad política, tanto en la esfera nacional como internacional. Si bien el utopismo suele remontarse hasta la obra de Platón[1], los estudios de la utopía surgen como un campo individualizado en la década de 1970 y, si bien hacen foco en la utopía literaria iniciada con Tomás Moro[2] en el siglo XVI, las categorías de análisis empleadas se

1. Entre las obras que se suelen considerar (proto)utópicas de Platón suelen incluirse la descripción de Calípolis que aparece en *República* y la de Magnesia en *Leyes.* Algunos autores también incluyen la contraposición Atenas/Atlántida de *Critias.*
2. En 1516 Tomás Moro publica su *De optimo statu reipublicae deque nova insula Utopia* [En torno al Estado óptimo de la república y de la nueva isla de Utopía]. Esta obra dio vida todo un género literario, tan pronto como en 1521 ya aparecen otras utopías literarias que imitan la narrativa moreana entre ellas pueden contarse la «Wolfaria» de J. Eberlin de 1521, la «Ciudad Feliz» de F. Patrizi de 1553, la «República Eudemonense» de K. Stiblin de 1555, etc. Sin embargo, el género siguió transformándose en algunos casos llegando a parecerse más al ensayo que a la novela o el diálogo originales y en el siglo XX se entremezcló con la ciencia ficción. Sobre el vínculo entre ambos géneros, véanse Suvin (1979), Moylan (2000) y Capanna (2007).

van extendiendo entre distintas disciplinas hasta constituir un campo interdisciplinar consolidado. En ese campo no sólo la historia y la sociología, sino también la filosofía práctica tiene un lugar central. Desde los estudios de la utopía, las distopías son vistas como constructos culturales asociados a formalmente a las utopías. Utopía y distopía constituyen el anverso y el reverso de la sociedad ideal, lo que para algunos se presenta como una sociedad deseable y posible, para otros puede ser una sociedad infernal. Del mismo modo, toda sociedad infernal imaginaria presupone su contrapartida positiva. El carácter valorativo de las utopías conserva la propiedad de polaridad del valor, es decir, para cada valor negativo puede imaginarse un valor positivo y viceversa. Si la distopía deviene realidad, la «sociedad buena» es vista como su contrapartida imaginaria desde la cual juzgar esa realidad para intentar modificarla.

En vistas de esa dualidad entre la sociedad que se quiere evitar y la sociedad que se quiere realizar se ha estructurado este trabajo en cuatro partes. En la primera sección se describen los tres elementos que constituirían la distopía meritocrática descrita por Sandel, estos son la retórica del ascenso, el credencialismo universitario y el auge de la tecnocracia[3]. En la segunda sección se da cuenta de dos alternativas que Sandel opone a la meritocracia: el neoliberalismo de Friedrich Hayek y el liberalismo igualitario de John Rawls, y se mencionan algunas de las críticas de filósofos contemporáneos en torno a la omisión del socialismo entre esas alternativas. En la tercera sección se describen los aspectos constructivos de la sociedad buena según Sandel, estos son la noción «cívica» de bien común, la idea de justicia contributiva y la de igualdad de condiciones. Finalmente, en la cuarta sección, se subrayan algunas críticas a la propuesta sandeliana sobre tres aspectos que parecen arbitrarios: su defensa de que el siervo feudal estaba en mejores condiciones que el no exitoso en la meritocracia actual, su presupuesto de que se puede dignificar el trabajo sin asegurar la dignidad de todas las personas y finalmente, su foco en un cierto tipo de comunidad frente a los desafíos globales que enfrenta hoy el pensamiento filosófico práctico.

1. LA DISTOPÍA MERITOCRÁTICA

El término «utopía» lo inventó Tomás Moro en el siglo XVI, uniendo dos términos griegos en un juego de palabras entre el «no lugar» (*ou-topos*) y el «buen lugar» (*eu-topos*). Su contrapartida negativa es relativamente más reciente, uno de los primeros registros del uso del término «distopía» (del griego *dys-topos*, «mal lugar») es el del filósofo John Stuart Mill, quien en 1868 empleó la palabra para referirse peyorativamente a la situación social de Irlanda bajo el gobierno británico[4]. En la actualidad se piensa

3. Si bien Lizárraga (2021) no plantea la discusión entre utopía/distopía, me reconozco deudor de su reconstrucción crítica de los elementos centrales del planteo sandeliano.
4. Para un estudio del origen del término distopía y una tipología de este concepto y sus derivas, véase Claeys (2017). El historiador británico reconoce dos fuentes para el mismo *dustopia* del poema de L.

en las distopías como un tipo de representación de la sociedad a su peor luz, ya sea por las condiciones que están presentes o que se anuncian en el futuro. Cuando Mill empleó el término estaba refiriéndose de un modo sofisticado a que la situación de los irlandeses era en su presente muy mala, pero en general el uso literario del término tiende a hacer referencia a una sociedad futura. Tal es el caso de las tres distopías más influyentes del siglo XX, me refiero a *Nosotros* del ruso E. Zamiatin, obra publicada en 1921 que transcurre en el siglo XXX; *Un mundo feliz* del inglés A. Huxley, publicada en 1932 y transcurre en el siglo XXVI; y *1984* del inglés G. Orwell, que fue publicada en 1939, pero transcurre en el año que lleva por título, es decir, cuarenta y cinco años más tarde. Uno podría deducir de esta serie, quizá precipitadamente, que el futuro distópico está cada vez más cerca; de hecho, la distopía que le interesa a Sandel –*The Rise of the Meritocracy* de Michael Young– fue publicada en 1958 y parte de la acción transcurre en la primera mitad del siglo XXI, es decir, en nuestro tiempo.

Para los utopólogos, la distopía forma parte del mismo género que la utopía, pero con una función distinta: si la utopía busca mostrar un ideal que realizar, la distopía es vista como la previsión de un infierno a evitar (Trousson, 1995, p. 54). Las distopías tienen una finalidad crítica y en la literatura y el cine han sido muy fructíferas, desde fines del siglo XIX y principios del XX hasta nuestros días, al punto de haber opacado a las utopías positivas. Sin embargo, como advierte el filósofo Francisco Martorell Campos (2020, p. 12): «Aunque toda distopía construye una representación negativa del futuro, no toda representación negativa del futuro pertenece a la distopía». Esto permite distinguir a la distopía de otro tipo de discursos imperantes en nuestro tiempo como el apocalíptico y el postapocalíptico. Para el filósofo español la distopía no es sólo un producto de ficción, sino una forma de concebir la realidad social asociada a ciertos discursos que cuestionan el rol civilizatorio del siglo de las luces: «la narrativa distópica se asemeja a la versión para todos los públicos de la *Dialéctica de la Ilustración*, *El hombre unidimensional* o *Vigilar y castigar*» (Martorell Campos, 2020, p. 14).

En particular, la distopía que le interesa a Sandel, la de Young, tiene más elementos ensayísticos que literarios, pero si hacemos caso a Martorell esto es entendible por el continuo entre la literatura y la teoría distópicas. El elemento ficcional de la literatura ayuda a difundir mejor un mensaje, no tanto postularlo como posible, sino mostrarlo como ya realizado. Eso es lo que hizo el sociólogo y político laborista Michael Young en *The Rise of the Meritocracy,* al describir los males de una meritocracia exacerbada en la Gran Bretaña desde la perspectiva de la década de 2030. Esa obra publicada en 1958 es la fuente de inspiración de Michael Sandel para su diagnóstico de la sociedad

H. Younge «Utopia: or, Apollo's Golden Days» de 1747 y *dystopia* en el discurso parlamentario de J. Stuart Mill de 1868. Si la primera da cuenta del aspecto literario de la distopía, el segundo un uso retórico para criticar un orden de cosas existente. En la actualidad, a pesar de que sobre todo se hable de distopías en la literatura y el cine, hay cierto acuerdo en considerar que ambos usos del término están conjugados (Martorell Campos, 2020).

estadounidense actual, diagnóstico que también extiende parcialmente a otras sociedades como la china o la europea, en especial a Alemania y Gran Bretaña.

Sin embargo, Sandel también se refiere a otra distopía, el cuento breve de Kurt Vonnegut, Jr. «Harrison Bergeron» que satiriza las medidas antimeritocráticas que igualan «hacia abajo». La obra es de 1961 y comienza así:

> Era el año 2081 y finalmente todos eran iguales. No eran iguales ante Dios y la ley solamente. Eran iguales en todos los modos. Nadie era más inteligente [*smarter*]. Nadie lucía mejor. Nadie era más fuerte o rápido. Toda esta igualdad era debida a las enmiendas 211, 212 y 213 de la Constitución, y a la vigilancia incesante de los agentes de la Discapacitadora [*Handicapper*] General de los Estados Unidos. (Vonnegut, 1991, p. 927).

En este breve cuento distópico se rompe la proporcionalidad inversa que se había notado en las distopías arriba mencionadas. Vonnegut imagina un futuro distópico un poco más lejano que el de Young. Pero a Sandel le interesa únicamente el cuento «Harrison Bergeron» para aclarar que lo que él propone no es una igualación hacia abajo, un rechazo del mérito, sino una crítica de una particular concepción del mérito: la meritocracia. El mérito es necesario, sólo que hay que concebirlo como un umbral y no como un ideal.

A Sandel le interesa, sobre todo, la distopía de Young porque su autor fue uno de los primeros en emplear el término «meritocracia»[5] y lo hizo con un sentido peyorativo. En su distopía se exponen los contrastes producidos por el énfasis en los méritos y la igualdad de oportunidades y las consecuencias posibles de su exacerbación descritas como ya realizadas. Lo que afirma Sandel es que en los Estados Unidos de América ese futuro distópico efectivamente dejó de ser una posibilidad para convertirse en la realidad cotidiana de los estadounidenses. Podríamos decir, que pasó de distopía a «topía», empleando el término del filósofo español Eugenio Ímaz (1999) que nos compromete menos con el problema de hablar de sociedad «real» frente a imaginaria.

Si bien *The Rise of the Meritocracy* recorre toda *La tiranía del mérito*, el punto de partida de Sandel es sociopolítico: busca explicar por qué Donald Trump ganó una elección presidencial y estuvo muy cerca de ganar una segunda. El filósofo estadounidense cree que las principales razones que ayudan a comprender ese particular fenómeno están en los males de la meritocracia. En el caso de su país, la distopía meritocrática devenida realidad tiene tres rasgos que se pueden extender a otras sociedades meritocráticas contemporáneas: la retórica de la responsabilidad por el propio mérito, el credencialismo universitario y el auge de la tecnocracia.

En primer lugar, Sandel rastrea el origen de lo que él denomina la «retórica del ascenso» en la religión, en especial en el protestantismo, donde la revuelta luterana en contra de la meritocracia devino una meritocracia aún peor que la de la aristocracia

5. Sandel y algunos diccionarios etimológicos atribuyen la acuñación del término a Michael Young, pero según la socióloga Jo Littler, habría antecedentes del uso del término en artículos de otro sociólogo británico, Alan Fox, que aparecen dos años antes de la novela *The Rise of Meritocracy* (*cf.* Lizárraga, 2021).

de sangre. Aquí aparece una de las tesis más cuestionables del libro: Sandel nos dice que un individuo pobre, en el contexto feudal, era menos desafortunado en relación al problema de los méritos que un individuo pobre actual. Esto porque tanto el que detentaba los méritos por razón de sangre en el Medievo como el que no tenía ese privilegio, aceptaban esa situación como algo ajeno a ellos.

> Si, dentro de una sociedad feudal, naciera siervo mi vida sería dura, pero no estaría lastrada por la convicción de que nadie más que yo sería el responsable de que estuviera ocupando esa posición subordinada. Tampoco tendría que trabajar agobiado por la idea de que el terrateniente a quien sirvo ha adquirido su posición por ser más capaz e ingenioso que yo. Sabría que no es alguien más meritorio que yo, sino solo un tipo con más suerte. (Sandel, 2020, pp. 151-152).

En cambio, con la meritocracia contemporánea el que detenta aquello considerado meritorio en la sociedad lo considera algo que se ha ganado con su esfuerzo, mientras que el que carece de ello se responsabiliza a sí mismo por su situación. Esto, para Young y para Sandel, genera, por un lado, arrogancia en aquel al que se le reconocen los méritos y, por el otro, resentimiento y frustración en aquellos que no pueden acceder a esa clase de reconocimiento.

En segundo lugar, Sandel llama «credencialismo» a la tendencia a considerar como un mérito el haberse graduado en una universidad y, en el caso puntual de los Estados Unidos, especialmente el haberse graduado en las universidades de élite conocidas como *Ivy League*[6]. Para el filósofo esta tendencia está, por un lado, excluyendo a los ciudadanos que carecen de estudios universitarios de la representación política y privándolos de la prometida movilidad social. Por otro lado, está estimulando prácticas fraudulentas como el ingreso a la universidad por la «puerta de atrás» o por la «puerta lateral». Con la expresión «puerta de atrás» se refiere al sistema de donaciones que permite que los hijos de familias ricas tengan la posibilidad de entrar a las universidades más prestigiosas con cierta independencia de sus méritos académicos, y con la expresión «puerta lateral» hace referencia a prácticas ilegales para ingresar a la universidad como el pago de sobornos a personal universitario o la falsificación de exámenes (Sandel, 2020, p. 18). Esto se ve agravado por el uso de las credenciales académicas como arma para imponerse discursivamente sobre los demás, sobre la base de las capacidades intelectuales excepcionales que las mismas supuestamente acreditarían (Sandel, 2020, p. 111). Asimismo, si bien Sandel considera que animar a las personas a asistir a la universidad es algo bueno, que se ponga el foco en la educación universitaria como la solución al problema de la desigualdad tiene el efecto secundario de erosionar la estima social de los no universitarios (Sandel, 2020, p. 116). Finalmente aparece otra tesis polémica del profesor de Harvard:

6. La «liga de la hiedra» hace referencia a ocho universidades de élite norteamericanas: Brown, Columbia, Cornell, Dartmouth, Pennsylvania, Princeton, Yale y Harvard. Sandel es profesor de esta última, aunque se formó en Brandeis y en Balliol.

> Gobernar bien requiere de sabiduría práctica y virtud cívica, es decir, de las aptitudes necesarias para deliberar sobre el bien común y tratar de hacerlo realidad. No obstante, ninguna de esas capacidades es fomentada particularmente bien en la mayoría de las universidades actuales, ni siquiera en las que gozan de la máxima reputación (…) La idea de que «los mejores y los más brillantes» son preferibles como gobernantes a sus conciudadanos con menores credenciales educativas es un mito nacido de la soberbia meritocrática. (Sandel, 2020, p. 130).

Sandel considera que la creencia y propagación de ese mito a partir de la insistencia monotemática en la educación ha sido un grave error del Partido Demócrata estadounidense, que lo ha alejado de gran parte del electorado que carece de estudios universitarios. El filósofo considera que este es un fenómeno que se puede extrapolar a otras sociedades en las que prima el discurso meritocrático, por ejemplo, algo similar considera que ocurrió con el Partido Laborista en Gran Bretaña en relación con el Brexit. Para Sandel los partidarios de la salida de la Unión Europea habrían expresado el mismo sentimiento de frustración y resentimiento contra los tecnócratas europeístas que expresaron los partidarios de Donald Trump en las elecciones estadounidenses.

En tercer lugar, Sandel considera que a partir del credencialismo se están formando gobiernos de expertos en los cuales se abre una brecha entre el gobernante y el gobernado. Esa brecha es presentada como la de aquél que es «inteligente» (*smart*) y aquellos que no. Este tipo de tecnocratización que Sandel ve en especial en el Partido Demócrata es lo que le habría costado la elección presidencial de 2016 y que está conduciendo a los estadounidenses sin estudios superiores a votar a líderes populistas como Trump. La población sin estudios estaría cansada de los expertos, tanto en los Estados Unidos como en Gran Bretaña. Actualmente en tiempos de pandemia podríamos añadir que este es un sentimiento generalizado. Pero, en cualquier caso, en lo que insiste Sandel es que los tecnócratas viven realidades muy alejadas del grueso de la población y tienden a recurrir a respuestas simplistas para explicar su fracaso electoral, en las que reinciden en el prejuicio credencialista: aquellos que no forman parte de su electorado son personas ignorantes y racistas. Es precisamente en esta crítica del discurso tecnocrático donde aparece otra tesis controversial de Sandel: «La idea de que todos deberíamos estar de acuerdo en los hechos, como punto de partida prepolítico, para luego proceder a debatir sobre nuestras opiniones y convicciones, es un concepto tecnocrático» (Sandel, 2020, p. 143). El ejemplo paradigmático que para Sandel demanda discutir los hechos es el problema del cambio climático.

En resumen, la distopía de la meritocracia lo que hace es conservar el privilegio de unos pocos, con la falsa promesa de la igualdad de oportunidades para la movilidad social y el establecimiento del principio del mérito como corrector de injusticias a través de la educación y la valoración del esfuerzo personal. Para Sandel este tipo de discurso tiene el efecto nocivo de, en lugar de corregir la desigualdad, lo que hace es justificarla; con el agravante de que añade un componente psicológico: la arrogancia en el caso de los que tienen éxito y el resentimiento y la frustración en caso de los que no. Asimismo, la universidad sirve de «máquina clasificadora» estableciendo quiénes

poseen la credencial de exitosos y quiénes no, por falta de méritos. Los primeros devienen una *élite* educada, que gobierna sin dejar participar a los demás por considerarlos intelectualmente inferiores. La meritocracia lejos de ser un principio corrector lo que hace es impedir que haya una sociedad buena, e incluso arruina la psique de aquellos considerados exitosos, pervirtiendo instituciones como la universidad y dañando la calidad democrática del país.

2. DOS (O TRES) ALTERNATIVAS A LA MERITOCRACIA

Antes de ofrecer algunas líneas posibles de solución a los males de la distopía actual, Sandel analiza dos alternativas liberales a la meritocracia: por un lado, el liberalismo de mercado y, por el otro, el liberalismo igualitario. El primero, también llamado «neoliberalismo», Sandel lo analiza a partir de la obra del economista Friedrich von Hayek, según el cual existe una distinción entre el mérito y el valor económico. El mérito se regiría por la moral y el valor económico por las diferencias entre la oferta y la demanda. En otras palabras, que un jugador de fútbol cobre millones y un sanitario cobre solo unos miles de euros no habla de los méritos de uno o de otro, sino de la demanda del mercado. Para Hayek un gobierno liberal no debería introducir correcciones estatales en el modo en el que se reconocen los méritos en la sociedad, porque eso sería ir más allá del liberalismo y buscar imponer la moral de unos a otros. Aquí cabe recordar el ejemplo de Robert Nozick (1999) para cuestionar la justicia distributiva. Nozick lo explica con un jugador de baloncesto, pero podría actualizarse con un jugador de fútbol. Imaginemos una sociedad en la que todos tenemos una igual distribución de dinero, pero ahora Lionel Messi solicita que para verlo jugar cada persona pague un euro más con su entrada. Muchas personas estarían muy felices de pagar ese euro, pero esto haría rápidamente que Messi amasase nuevamente una fortuna. El punto aquí es que solicitar que las personas usen ese euro para, por ejemplo, donar a *Save the Children* es salirse del (neo)liberalismo, puesto que implicaría imponer una concepción moral al resto de la ciudadanía.

Por otro lado, está el liberalismo igualitario representado por el filósofo político John Rawls, quien también cuestiona la meritocracia, pero con otro argumento. Las razones de Rawls tienen que ver con el hecho de que los talentos que son más valorados por una sociedad no son merecidos, sino que son un aspecto tan arbitrario como la sangre. Asimismo, si el éxito es definido como la combinación de talento y esfuerzo, incluso el esfuerzo que una persona está dispuesta a hacer también tiene que ver con la educación temprana y con aspectos independientes de los propios méritos del individuo talentoso[7]. Por tanto, Rawls considera que los talentos constituyen un acervo común

7. Esto también aparece en Young (1961, p. 30): «Si todos fueran a orfanatos, todos tendrían igualdad de oportunidades, es cierto, pero al costo de hacer que todos fueran igualmente infelices. El afecto continuado de los mismos padres –es aceptado en general desde los experimentos de fines de 1980–es

de la sociedad y los beneficios que estos producen tienen que ser redistribuidos entre los menos favorecidos por razones de justicia distributiva, esto es lo que en la teoría de la justicia de Rawls él denomina «principio de la diferencia». Ese principio se sigue de una situación hipotética, si no pudiésemos conocer nuestros talentos y otros aspectos de nuestra situación social y tuviéramos que decidir sobre los principios de justicia, las personas razonables tenderíamos a aceptarlo. Rawls habla del criterio maximin: una persona que no pueda saber la situación en la que se encontrará en la sociedad tendería a minimizar el riesgo, propugnando que aquellos que estén en la situación menos favorecida tengan el máximo de recursos compatible con un esquema de iguales libertades para todos e igualdad de oportunidades. No obstante, Rawls considera que existe un derecho a las expectativas legítimas que tiene que ver con lo que puede esperar un individuo que se esfuerce en desarrollar sus talentos y cumpla con las normas derivadas de los principios de justicia.

Para Sandel ambas alternativas, la de Hayek y la de Rawls, son insuficientes para la sociedad buena. La primera porque la distinción entre mérito y valor tiende a colapsar por razones psicológicas. La segunda porque, con la idea de derecho a las expectativas legítimas, Rawls agrava la meritocracia, al considerar que el rico no sólo tiene el mérito de lo que producen sus talentos, sino también el de ser considerado como un contribuyente clave a la sociedad, en tanto que productor de riqueza en forma de empleos o impuestos.

Si bien Sandel da por concluidas las alternativas a la meritocracia con esas dos perspectivas teóricas, desde distintas latitudes varios pensadores han subrayado el olvido de una tercera alternativa: la socialista. El argentino Fernando Lizárraga, quien coincide en varios aspectos del diagnóstico de Sandel, se asombró de que éste hablase de alternativas a la meritocracia «sin jamás mencionar al socialismo» (Lizárraga, 2021). También, el iusfilósofo español Manuel Atienza subraya ese olvido en su reivindicación a lo Bloch del vínculo entre socialismo y dignidad humana (Atienza, en prensa). En Estados Unidos algo similar hizo Elizabeth Anderson, autora citada por Sandel en varias oportunidades como apoyo para su crítica del igualitarismo de la suerte. La filósofa estadounidense, si bien acepta parcialmente el diagnóstico de su compatriota, disiente en la solución propuesta por él; puesto que considera que, para acabar con la tiranía del mérito, se necesita «una agenda socialdemócrata» (Anderson, 2021).

Los tres filósofos tienen razón en advertir que la crítica a la meritocracia, sin la mención al socialismo, es algo problemático. No obstante, podría explicarse la omisión del término por parte de Sandel, debido a la carga emotiva negativa que esa palabra tiene en los Estados Unidos. Es más, podría decirse que esa carga negativa no sólo la tiene allí. Mientras escribo estas páginas, en España, se plantea una campaña electoral autonómica con el eslogan «socialismo o libertad», como si fuese una disyunción excluyente. Sandel

necesario para el desarrollo glandular completo del infante. El amor es el principal asistente de la bioquímica».

no está ajeno a la influencia del pensamiento socialista porque parte de la inspiración de *La tiranía del mérito* está en el pensamiento socialista de los británicos Michael Young, a quien cita innumerables veces en el libro, y de R. H. Tawney, según el defensor de una de las dos «mejores tesis sobre la igualdad de condiciones» (Sandel, 2020, p. 289)[8].

Sin embargo, lo que es más difícil de excusar del libro de Sandel es lo que subraya Anderson: «se centra demasiado en las élites liberales, mientras no aborda las formas mucho más significativas en las que las élites empresariales han perjudicado a los trabajadores» (Anderson, 2021). Vale recordar que parte del discurso de Trump se construyó sobre la idea del empresario exitoso que haría resurgir el sueño americano «haciendo a América grande otra vez». Además, lo que en gran parte vicia los méritos de las clases instruidas son esas puertas «traseras» y «laterales» que se abren con dinero.

3. LA UTOPÍA COMUNITARISTA DE MICHAEL SANDEL

Llegado este punto vale preguntarse ¿cuál es la contrapropuesta de Sandel? Tras un largo diagnóstico –en el que se demora excesivamente en cuantificar la aparición de términos como mérito, *smart*, etc., en los discursos de los últimos presidentes de los Estados Unidos– aparecen algunos indicios. A la tiranía del mérito contrapone la noción cívica del bien común, al credencialismo contrapone la razón práctica aristotélica y a la tecnocracia la democracia de la «conversación».

En primer lugar, Sandel distingue entre mérito y meritocracia. La tiranía del mérito atenta contra el bien común, pero el mérito no es algo negativo *per se* y en algún sentido es insoslayable. No obstante, Sandel considera que el mérito debe ser concebido como umbral y no como ideal, es decir, debe ser concebido como un cierto mínimo a cumplir y no algo que la sociedad deba maximizar. Esto porque el ideal meritocrático no es el bien común, sino la movilidad social y la mera igualdad de oportunidades para la movilidad social no garantiza una sociedad buena. Aquí carga contra Ronald Dworkin y los partidarios del igualitarismo de la suerte. Sandel considera que no se trata de castigar a quien hace mal uso de sus talentos, como parece seguirse del igualitarismo de la suerte, sino de generar espacios para que todos puedan contribuir a la sociedad. En consecuencia, distingue entre una noción de bien común de consumidores y una noción de bien común de productores o «cívica». La noción consumista se enfoca en la maximización y en la producción del PIB, está asociada a la idea rawlsiana del principio de la diferencia, según la cual se premia a los que producen más riqueza. No obstante, a esta visión alienante de los individuos Sandel contrapone una noción «cívica» del bien común, la del productor, según la cual todos deben poder sentir que contribuyen a la sociedad y ser valorados por ello. Es en esa línea en la que recupera el *dictum* socialista

8. Para Sandel, la otra tesis sobre la igualdad de condiciones sería la del estadounidense Truslow Adams.

de «dignificar el trabajo»[9]. Una de las propuestas concretas tiene que ver con revisar los impuestos y, sobre todo, establecer fehacientemente hasta qué punto los especuladores financieros aportan al bien común. Una idea que considera interesante es desgravar la renta del trabajador y gravar la del especulador, al estilo de la tasa sugerida por el economista estadounidense James Tobin.

En segundo lugar, al credencialismo, Sandel opone la «razón práctica» aristotélica, al igual que los filósofos clásicos, la entiende como algo de lo que todos participamos en cierto grado y, por tanto, debemos ser tenidos en cuenta. Para Sandel parte del desprestigio del trabajo tiene que ver con el rol de las universidades, en especial las de *élite*, que se han convertido en máquinas clasificadoras de la ciudadanía. De lo que se trata es de revalorizar las distintas perspectivas que pueden aportar a la comunidad. Tanto la de aquellos que tienen el privilegio de asistir a una universidad como la de los que no; la de los que van a una universidad de élite y la de los que van a un *community college*. Una de las propuestas que destaca aquí es la del sorteo de plazas para universidades de *élite*. Para Sandel si, por ejemplo, en una universidad *Ivy League* hay cuarenta mil postulantes, tras descartar a los –probablemente diez mil– insuficientemente cualificados, se deberían sortear los puestos restantes. El sorteo podría ajustarse de acuerdo con criterios de discriminación positiva e incluso mantener la «puerta de atrás», es decir, si fuese imprescindible el sistema de donaciones este podría formar parte del sorteo con la inclusión de más bolillas a favor del donante.

Finalmente, si se honra el trabajo con una idea de bien común «cívica» que reconozca lo que cada individuo aporta a la sociedad –no desde la perspectiva de los máximos, sino de los mínimos– y se reforma la educación –recuperando el espacio para la conversación entre personas de orígenes socioeconómicos distintos– se fortalecerá el ideal democrático. Sandel dice que lo que le interesa no es la igualdad de oportunidades que propone la meritocracia, ni la igualdad de resultados –que suele ser reivindicada por propuestas socialistas–, sino lo que él considera la «igualdad de condiciones». Esa igualdad de condiciones viene dada por el reconocimiento de que todos debemos nuestra condición a al azar o a Dios y estamos en deuda con nuestra comunidad.

4. ALGUNAS NOTAS CRÍTICAS

El libro de Sandel tiene un punto a favor muy considerable y es que, dado el influjo de su trabajo, ha puesto nuevamente a la meritocracia en discusión en varias partes del globo. Asimismo, su diagnóstico es sugerente y subraya parte de los males que tiene esa concepción del mérito y del poder político asociado a él. Sin embargo, algunas ideas

9. Compárese la idea de dignificar el trabajo con lo que dice Young en torno al esfuerzo socialista por criticar la sociedad aristocrática de sangre: «Los Morris, Tawney y Cole de modo pintoresco hablaron de la dignidad del trabajo [*dignity of labour*] como si el trabajo mental y el manual fueran de igual valor» (Young, 1961, pp. 37-38).

merecen discusión, en especial la comparación aristocracia/meritocracia, mérito/valor económico y su concepción de la educación universitaria.

En primer lugar, el argumento de que el pobre feudal se sentiría mejor que el pobre meritocrático es cuestionable. Si me dieran a elegir entre ser pobre como un designio de la divinidad y ser pobre por no tener los talentos que premia mi sociedad, aún creo que me quedaría con la segunda opción. No obstante, no se trata de una cuestión de lo que prefiramos Sandel o yo, si no de lo que sienta la persona en cada situación y eso es difícil de considerar, como ocurre con muchos argumentos psicologistas. No obstante, hay otra parte del argumento que dice que el aristócrata de sangre del contexto feudal se siente menos justificado por sus privilegios que los tecnócratas de las actuales meritocracias: «Si yo naciera en los estratos más altos de una aristocracia, sería consciente de que mi privilegiada situación sería atribuible al azar y no a mis acciones» (Sandel, 2020, p. 151). Esta parte me parece más débil, en principio porque el privilegio de sangre aún sigue existiendo y aquellos que lo detentan no parecen sentirse menos exitosos que los que accedieron por sus propios méritos.

Mi punto es que el que vive en el mundo simbólico en el que la sangre cuenta, considera que tener una cierta sangre es un hecho de lo que puede sentirse orgulloso. A la «retórica del ascenso» podría contraponerse una «retórica genealógica» o «del abolengo». Pero, en cualquier caso, podría concedérsele a Sandel que hoy los privilegiados de sangre, en general, también son privilegiados por su educación. Ya sea porque ingresaron por la puerta grande de las universidades prestigiosas o por las puertas «alternativas» que señaló el filósofo.

El problema desde mi perspectiva no está sólo en la meritocracia, sino en el hecho de que no ha desparecido el otro privilegio de sangre, que sigue afectando el reparto de poder en la sociedad y el acceso a recursos. Incluso en el libro de Young que inspira a Sandel encontramos lo siguiente:

> La aristocracia era la figura-paterna en el inconsciente colectivo; su influencia era tan persistente que la gente brillante, exitosa por propio derecho, a veces se avergonzaba de sus orígenes humildes, en lugar de enorgullecerse de haberse levantado sobre ellos (Young, 1961, p. 28).

Por «aristocracia» aquí Young, al igual que Sandel, se refiere a lo que ambos llaman «aristocracia de nacimiento» [*aristocracy of birth*], es decir, el pertenecer a grupos privilegiados por nacimiento. Es notable que incluso Michael Young, que escribió contra ambas formas de aristocracia –la de sangre y la de los méritos– accediera, algunos dicen por necesidades económicas, a un título nobiliario. Sean las razones que sean la de Young, el punto es que la retórica del ascenso no es la única vigente y que no necesariamente los privilegiados por su nacimiento sentirán que no merecen sus privilegios. Del mismo modo que tampoco sean tan incuestionable que los privilegiados por sus credenciales académicas estén ajenos a sentimientos de frustración y de creencia en lo inmerecido de su estatus. Un ejemplo de esto lo constituye el denominado «síndrome o fenómeno del impostor», es decir, la condición según la cual algunas personas «son

exitosas de acuerdo a mediciones externas tales como resultados de exámenes o elogios profesionales, pero sienten que esos indicadores eternos no están garantizados y que se arriesgan a ser revelados como 'impostores'» (Hawley, 2019, p. 203). A este fenómeno no están ajenas las universidades de *élite*, y al parecer es más frecuente entre mujeres y grupos minoritarios.

En segundo lugar, el problema de la meritocracia tiene varios niveles. El primero está en el concepto mismo de mérito, pero incluso asumiendo que el mérito pudiese establecerse de forma unívoca nos queda por responder: ¿Cómo se lo mide? ¿Quién lo mide? ¿Hay un único criterio o varios en conflicto? ¿Cómo se lo reconoce adecuadamente? En muchos pasajes del libro, parece que Sandel no distingue entre mérito y valor económico adrede. El mérito tiene que ver con el reconocimiento y es cierto que ese reconocimiento se puede traducir en dinero, pero no sólo en dinero, sino en reputación, influencia, etc. En general se lo mide con dinero por lo que el dinero permite hacer al individuo. Si pensamos en el mérito para una buena vida de acuerdo al criterio de umbral que nos sugiere Sandel, cualquier persona que acepte los derechos humanos aceptaría que todos los seres humanos cuentan con ese mérito. Por tanto, un cierto grado de suficiencia en el acceso a bienes materiales debería ser incondicionado y creo que en esa línea van los proyectos de renta básica universal de la alternativa a la meritocracia ignorada por Sandel.

El problema de su propuesta es que no parece plantear ese acceso básico, sino que sugiere intervenir sobre cómo la sociedad otorga el reconocimiento, lo que no es tan sencillo y quizá tampoco deseable. Esto porque demanda un cierto tipo de unidad en las valoraciones que difícilmente tengan las sociedades complejas de nuestro tiempo. Cabe la sospecha de que Sandel está pensando en los Estados Unidos como sociedad blanca y judeocristiana, sino no se entiende que nada diga del voto latino a Trump y las recurrentes referencias a los papas y a Dios (siempre matizado como alternativa al azar). Es notable que Sandel remite a Aristóteles para hablar de la dignidad del trabajo, filósofo que reconocía la necesidad de que hubiese esclavos que desarrollasen el trabajo manual para que los ciudadanos pudiesen preocuparse del bien común. Como dice Anderson (2021): «al enfocarse en remedios arraigados en el pasado, su visión también descuida la creciente diversidad de trabajadores por raza, género y estatus migratorio».

En tercer lugar, en cuanto a la crítica a la universidad la receta de Sandel parece ingenua y hasta creo que exportada fuera de los Estados Unidos quizá hasta pueda ser peligrosa. Cargar las tintas contra la educación para mejorar la calidad de la política me parece francamente un error. Esto no implica que no esté de acuerdo con que el sistema estadounidense es abiertamente injusto; es más, creo que parte del problema radica no sólo en las universidades de élite, sino en que estas supongan un endeudamiento muy grande para los estudiantes y sus familias. Pero pensemos en las alternativas concretas que ofrece el filósofo.

Sandel parece proponer una mayor inclusión de políticos sin estudios universitarios. Esto se sigue de la idea de que sólo puede representar bien a un grupo aquel que comparte todas las propiedades del grupo. No estoy seguro de que esto sea así.

Otra propuesta es la reintroducción de la educación cívica. Esto me parece adecuado, es una gran pérdida de hace unas décadas la desaparición de esta asignatura en las escuelas. Pero parte de la educación cívica tiene que ser no sólo con educar en los valores democráticos, con conocer las instituciones del propio Estado y con los recursos que como ciudadano tiene cada uno, sino también con aprender a desarrollar virtudes epistémicas: cuestionar las fuentes de información, analizar el tipo de razonamiento que se está sosteniendo. Cuanto menos manipulable sea un ciudadano, mejor será la sociedad.

Otra propuesta concreta es el sorteo de plazas en universidades de élite. Si bien es una medida igualitarista no está teniendo en cuenta que aún están quedando fuera millones de personas que no llegan ni siquiera a poder plantearse la opción de presentarse al examen.

Creo que el principal problema del planteo de Sandel es que no advierte algo que no sólo ha subrayado la tradición socialista, sino que habían reconocido los antiguos griegos: las condiciones materiales de la democracia. Para que todos podamos participar de la «conversación» en torno al «bien común» que él nos plantea, el problema no es que nos pidan nuestra credencial de la *Ivy League*, sino que tengamos el tiempo y la libertad mental para poder pensar más allá de la inmediatez. Ese problema no sólo tiene que ver con las universidades, sino con la creciente desigualdad que no es sólo de la formación, sino sobre todo económica. Criticar la capacidad que tiene la educación para mejorar la calidad de vida de una persona parece algo que podría leerse más en un libro de uno de esos tantos gurúes de las finanzas que en el de un filósofo. Pero creo que esto sólo se puede explicar con la crisis de la universidad. Sandel advierta parcialmente esa crisis, al subrayar que hoy las universidades no son tanto un espacio de saber y pensamiento crítico, sino instituciones de emisión de títulos, créditos y puntos.

Creo que pensar la utopía del bien común hoy implica pensar más allá de las fronteras. Si la sangre que tenemos o los talentos con los que nacemos son arbitrarios, mucho más aún lo es también el lugar en donde uno nace. No se puede pensar el bien común sobre la base de la dignidad hasta una cierta frontera geográfica o cultural. La utopía será global o no será nada.

BIBLIOGRAFÍA

Anderson, E., (2021). The Broken System: What Comes After Meritocracy? *The Nation* (23 de febrero), URL = https://www.thenation.com/article/society/sandel-tyranny-merit/

Aristóteles, (1989). *Política.* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Atienza, M., (en prensa). *Sobre la dignidad humana.* Madrid: Trotta.

Capanna, P., (2007). *Ciencia ficción: utopía y mercado.* Buenos Aires: Cántaro.

Claeys, G., (2017). *Dystopia: A Natural History*. Oxford: Oxford University Press.

Hawley, K., (2019). What is Impostor Syndrome? *Aristotelian Society Supplementary Volume* (XCIII): 203-226. https://doi.org/10.1093/arisup/akz003

Ímaz, E., (1999). «Topía y Utopía». En: Moro, Campanella y Bacon, *Utopías del Renacimiento*. México: Fondo de Cultura Económica, pp. 7-35.

Lizárraga, F., (2021). La meritocracia como mito legitimador de la desigualdad. En: García Gualda, S. y Lizárraga, F. *Mérito, reconocimiento y castigo*. General Roca: Publifadecs.

Martorell Campos, F., (2020). Nueve tesis introductorias sobre la distopía. *Quaderns de Filosofia,* 7(2): 11-33. https://doi.org/10.7203/qfia.7.2.20287

Moylan, T., (2000). *Scraps of Untainted Sky: Science Fiction, Utopia, Dystopia.* Boulder: Westview Press.

Nozick, R., (1999). *Anarchy, State, and Utopia.* Oxford: Blackwell.

Rawls, J., (1999). *The Law of Peoples with «The Idea of Public Reason Revisited».* Cambridge (EE UU) y Londres: Harvard University Press.

Vonnegut, K., (1991). Harrison Bergeron. *Arkansas Law Review*, 44(4): 927-934.

Sandel, M., (2020). *La tiranía del mérito: ¿qué ha sido del bien común?* Barcelona: Debate.

Suvin, D., (1979). *Metamorphosis of Science Fiction.* New Haven y Londres: Yale University Press.

Young, M., (1961). *The Rise of the Meritocracy 1870-2033: An Essay on Education and Equality.* Harmondsworth: Penguin.

Comentarios al libro *Positivismo Jurídico Interno* de M. Cristina redondo

Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, (2022), *45*
e-ISSN: 2386-4702 | ISSN: 0214-8676

Sobre la existencia y conocimiento de normas. Algunos comentarios y observaciones críticas a los presupuestos ontológicos y epistémicos del *Positivismo jurídico «interno»* de Cristina Redondo

On Norms and Knowledge. Critical Remarks on the Ontological and Epistemological Grounds of Cristina Redondo's Internal Legal Positivism

Alberto Carrio Sampedro

Autor:
Alberto Carrio Sampedro
Universitat Pompeu Fabra, España
alberto.carrio@upf.edu
https://orcid.org/0000-0002-8482-0190

Recibido: 1-5-2021
Aceptado: 16-11-2021

Citar como:
Carrio Sampedro, Alberto (2022). Sobre la existencia y conocimiento de normas. Algunos comentarios y observaciones críticas a los presupuestos ontológicos y epistémicos del *Positivismo jurídico «interno»* de Cristina Redondo. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, *45*, pp. 495-522. https://doi.org/10.14198/DOXA2022.45.18

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

© Alberto Carrio Sampedro

Resumen

En este artículo analizo críticamente el capítulo primero del libro «Positivismo jurídico "interno"» de Cristina Redondo. Para ello presento tres consideraciones previas acerca de otras tantas cuestiones centrales para la teoría del positivismo jurídico internalista que defiende Redondo. Estas consideraciones se refieren al problema ontológico de las normas, al epistemológico y a la delimitación de la práctica de referencia. En el resto de los apartados realizo un análisis crítico de los argumentos ofrecidos por la autora y, en particular, de i) la vinculación entre punto de vista interno y compromiso moral y ii) la dicotomía objetivo/subjetivo referida a la ontología y epistemología de los deberes jurídicos.

Palabras clave: Positivismo jurídico interno; ontología; epistemología; práctica jurídica; objetividad; subjetividad.

Abstract

In this article a critical analysis of the first chapter of the book «Positivismo jurídico "interno"» of Cristina Redondo is provided. For this purpose, I introduce three preliminary concerns about some central issues for the theory of internal legal positivism defended by Redondo. These remarks deal with the ontological problem of the rules, the epistemological one, and the boundaries of the practice of reference. The other sections provide a criticism of Redondo's following arguments i) the link between internal point of view and moral commitment, and ii) the objective/subjective dichotomy applied to the ontology and epistemology of legal duties.

Keywords: Internal legal positivism; ontology; epistemology; legal practice; objectivity; subjectivity.

1. INTRODUCCIÓN

La empresa que se propone Cristina Redondo en el libro «Positivismo jurídico "interno"» es ciertamente colosal. No solo por la revisión que realiza de algunos de los postulados básicos del positivismo jurídico sino también por la solidez de los argumentos que ofrece en defensa de su teoría. En este artículo me corresponde analizar únicamente el primer capítulo de este libro en el que se sientan las bases de la teoría del positivismo internalista que defiende Redondo. No es por tanto una tarea sencilla en lo que atañe al contenido. Tampoco en lo que se refiere a la extensión dado que este primer capítulo ocupa más de un tercio del libro.

En lo que sigue me ceñiré al orden de presentación de Redondo lo cual determina el modo en el que se desarrolla el artículo que seguirá el siguiente orden. En primer lugar, presentaré las críticas que realiza Redondo a lo que denomina teorías reduccionistas del derecho o, para ser más exacto, del positivismo jurídico. A continuación, en el apartado tercero, introduciré tres consideraciones sobre otras tantas cuestiones que considero fundamentales en la teoría del positivismo jurídico interno que defiende Redondo. Estas consideraciones se refieren al problema ontológico, el epistémico y la delimitación de la práctica que la autora toma como referencia para el análisis de ambos. Ninguna de estas tres cuestiones se encuentra, a mi juicio, satisfactoriamente justificada, al menos en este primer capítulo. A continuación, en los apartados, 4, 5 y 6 presento las consideraciones que ofrece Redondo sobre i) la evaluación de las tesis en las que se sustenta el positivismo jurídico interno (apartado 4), ii) la identificación de los deberes jurídicos (apartado 5) y iii) la existencia y contenido de los deberes jurídicos (apartado 6).

Pero antes de iniciar la exposición, permítaseme expresar mi agradecimiento, siquiera de forma muy sucinta a las dos personas responsables de que este artículo vea finalmente la luz. La primera es mi compañera en la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona, Alba Lojo Caride. Sin su perseverancia, casi me atrevería a decir vehemencia, a la hora de organizar un grupo de lectura sobre el libro de Cristina Redondo primero, y un seminario con la propia autora después, nada de esto hubiera sido posible. Gracias a su empeño desmedido hemos participado en sesiones celebradas a la hora del almuerzo a lo largo de un trimestre en las que hemos compartido argumentos y bocadillos con personas queridas de uno y otro lado del Atlántico. Por entonces aun éramos ignorantes de que aquellas sesiones en las que nos juntábamos más de 10 personas en un aula minúscula serían las últimas a la que asistiríamos presencialmente durante mucho tiempo. Si es que alguna vez podemos volver a celebrarlas como antes. La pandemia se encargó de desbaratar los planes de Alba Lojo. Pero fue solo un punto y seguido.

El seminario con Cristina Redondo se pospuso, pero finalmente Alba nos convenció para realizarlo en versión online como casi todo en este tiempo extraño que vivimos.

La amabilidad y disponibilidad que caracterizan a la autora hicieron el resto. No puedo por tanto dejar pasar esta oportunidad sin expresar mi agradecimiento a Cristina Redondo por su maestría y generosidad intelectual de las que me he beneficiado a lo largo de estos años, que ya son muchos. En esta ocasión quiero agradecerle, además, la paciencia y cercanía que ha mostrado a la hora de debatir con nosotros los argumentos que había plasmado en su libro y que, al menos yo, no siempre supe comprender adecuadamente. Sirvan pues estas palabras introductorias como muestra de admiración y también, por qué no reconocerlo, como *excusatio non petita* de lo errores que puedan encontrarse en lo que expongo a continuación de los que soy el único responsable[1].

2. REDONDO SOBRE LAS TEORÍAS REDUCCIONISTAS.

Redondo expresa sin ambages en el comienzo del libro la tesis sobre la que posteriormente despliega su andamiaje argumental. Las normas, afirma Redondo, son entidades ideales cuyo contenido «puede captarse directamente, sin que su identificación esté determinada por la práctica de las conductas que las aplica»[2]. Es decir, las normas y, en consecuencia, los deberes, existen con independencia de las prácticas de aplicación. Esto implica, a su vez, la existencia de proposiciones que informan de los deberes u obligaciones que existen en un determinado contexto. Esta tesis, innegable para quien pretenda explicar por ejemplo las reglas de un juego o las normas básicas de seguridad vial, como sucede a diario en las escuelas, tiene, sin embargo, firmes detractores.

Redondo identifica y reconstruye en la primera parte de este primer capítulo dos tipos de argumentos en contra de esta tesis. Por un lado, los provenientes del positivismo realista. Por otro, los argumentos que esgrime el positivismo normativista. Ambos «reduccionistas y no-descriptivistas con respecto a los enunciados de deber jurídico»[3], a decir de Redondo.

No me detendré aquí en la reconstrucción que realiza Redondo de cada uno de estos argumentos. Baste con decir que entre los primeros, los provenientes del realismo jurídico, Redondo hace hincapié en:

1. Una vez recibidas las revisiones y comentarios críticos de las personas que han evaluado anónimamente este artículo, quiero también expresar mi gratitud a una de ellas por la lectura atenta y detallada del texto original y los comentarios constructivos que ha realizado y que me han permitido mejorar notablemente la redacción y el contenido del presente artículo.
2. Redondo, 2018, pp. 13-14
3. *Id*. 15.

i) Los argumentos que se basan en la forma lógica de los enunciados. Es decir, la crítica del encubrimiento o de la prescripción implícita que Guastini enarbola contra la tesis de la validez jurídica como de-citación[4].
ii) Los argumentos que hacen hincapié en consideraciones pragmáticas. Se trata del conocido argumento de Chiassoni acerca de la especificidad del juego del lenguaje que implica la interpretación jurídica, absolutamente diferente del juego del lenguaje ordinario y con una finalidad eminentemente pragmática[5].
iii) Los argumentos que se sustentan en consideraciones semánticas y epistémicas. Se trata en este caso de la impugnación epistémica de Mazzarese a los deberes jurídicos[6].

2.1. La visión escéptica

Redondo diferencia entonces dos tipos de escepticismo. El primero, que podríamos denominar radical, dado que niega toda posibilidad de establecer regla alguna para determinar los significados. Este es, a decir de Redondo, el escepticismo característico de los *Critical Legal Studies*. El segundo tipo de escepticismo, que caracteriza al realismo jurídico en general y al realismo propio de la «*scuola genovese*» en particular, tiene un alcance mucho más restringido. Este segundo tipo de escepticismo no necesita comprometerse con una tesis tan fuerte como la anterior dado que su intención no es mostrar la indeterminación radical del lenguaje. Defiende, únicamente, que no se puede conocer cuál de los significados posibles es el jurídicamente debido hasta que se pronuncien los jueces sobre ello[7]. Es decir, tales significados existen y pueden ser determinados con anterioridad al pronunciamiento del juez, pero esto en ningún caso implica conocer el derecho con anterioridad sino hacer una suerte de predicción acerca de los resultados posibles. En otras palabras, el realismo jurídico genovés al reconocer que existe al menos un marco dentro del cual se mueven las interpretaciones posibles del derecho se ve obligado a admitir que el derecho no está radicalmente indeterminado. Esto es lo que

4. Guastini, 2001. Sobre los enunciados deónticos en términos de de-citación véase Celano, 2000.
5. El juego del lenguaje implicado en la interpretación jurídica es, de acuerdo con Chiassoni (2000, pp. 94-95), totalmente diferente del juego ordinario del lenguaje y queda definido por las siguientes características: a) es un juego del lenguaje complejo; b) habitualmente discrecional; c) privilegiado en lo que a la creación de las reglas interpretativas se refiere, dado que estas quedan reservadas a legisladores y jueces; d) contextual, al menos en lo que a la interpretación judicial respecta, dado que acostumbra a crear las reglas interpretativas al mismo tiempo que se lleva a cabo el proceso interpretativo; y e) reinterpretativo, es decir, un juego del lenguaje en el que la interpretación se lleva a cabo en momentos diferentes pero vinculados entre sí por las interpretaciones de las partes.
6. El argumento de Mazzarese expuesto de forma muy sucinta consiste en mostrar la imposibilidad de determinar el valor de verdad de los enunciados descriptivos de normas. En realidad, esta tesis se apoya en las ideas de Tarello (2011) sobre la semántica del néustico, de acuerdo con las cuales Mazzarese, defiende la función adscriptiva antes que descriptiva de tales enunciados, lo cual los convierte en no aptos para los predicados de verdad y/o falsedad. *Vid.* Mazzarese 1991 y 1999.
7. Redondo, 2018, p. 36.

en otro lugar denominé «la tesis del marco difuso»[8], imprescindible para defender con éxito los propósitos del escepticismo moderado que define al realismo jurídico genovés.

2.2. La posición del normativista

Pero los argumentos reduccionistas no provienen únicamente del realismo jurídico. También el positivismo normativista mantiene una posición reduccionista que Redondo ejemplifica a través de los conceptos de existencia y validez normativa que defiende un positivista normativista tan destacado como Eugenio Bulygin. Como es sabido, para Bulygin la existencia de las normas es una cuestión empírica y, en consecuencia, el único concepto de validez consistente con posiciones positivistas no ideológicas es el descriptivo. Bulygin se ampara en este punto en la conocida distinción de Bobbio entre positivimos metodológico y positivismo ideológico para rechazar cualquier concepto normativo de validez[9].

Como consecuencia de ello, los enunciados acerca de normas son siempre de carácter externo, i.e., descriptivos de hechos sociales. En otras palabras, entender los enunciados deónticos como expresión de «proposiciones normativas» sería tanto como afirmar que poseen carácter normativo y descriptivo al mismo tiempo. Lo cual los convierte, como afirma Bulygin, «en enunciados 'sui generis'»[10] o en una clase híbrida de entidades semánticas en palabras de Redondo[11]. Aun así, Redondo considera que es posible afirmar que existen «aserciones con contenido normativo»[12]. La estrategia que sigue Redondo para defender esta idea se basa tanto en las direcciones de ajuste del lenguaje cuanto en las concepciones hilética y expresiva de las normas a las que Bulygin hace referencia. De este modo, como afirma Redondo, Bulygin tiene en cuenta la distinción entre actos de ordenar y aseverar a la hora de explicar la existencia de las normas desde el punto de vista de la concepción expresivista[13]. Ahora bien, esto no implica que la adopción de una concepción hilética impida admitir la existencia de actos prescriptivos. A lo único que compromete esta concepción es a reconocer que la existencia de las normas no depende de tales actos[14]. Así las cosas, toda vez que se reconoce la existencia de normas, sea como entidades institucionales que resultan de un acto ilocucionario de ordenar o prescribir algo, bien como entidades semánticas con contenido normativo, resultaría «extraño desconocer que la existencia de tales normas puede ser objeto de una aseveración»[15].

8. Carrio, 2019, p. 513.
9. Bulygin, 1991, p. 184
10. Bulygin, 1991, p. 185
11. Redondo, 2018, p. 41
12. Redondo, 2018, p. 42
13. Redondo, 2018, p. 43
14. Redondo, 2018, p. 44
15. *Ibidem*.

Además de lo anterior, la propuesta de Bulygin es reduccionista porque, toda vez que se acepta la tesis positivista que distingue entre normas jurídicas y hechos empíricos, no hay más remedio que admitir que los ordenamientos jurídicos son conjuntos de las primeras y no de los segundos. Y, si esto es así, concluye Redondo, lo cierto es que sostener conjuntamente la tesis cognoscitivista y normativista, conduce a reconocer que la existencia de las proposiciones normativas no solo es posible sino también imprescindible. En definitiva, es necesario admitir que existe un cuarto tipo de enunciados externos que se refieren a los contenidos normativos[16].

Redondo atribuye la reducción operada por el positivismo normativista a la falta de una distinción clara entre normas y deberes jurídicos por una parte y normas o deberes morales por la otra. Como consecuencia de ello, y «a fin de no comprometerse con el cognitivismo ético, i.e., con el conocimiento de *normas verdaderas o universalmente correctas*, se rechaza el conocimiento de entidades normativas jurídicas»[17]. Además, añade Redondo, se pasa por alto la distinción entre la identificación de una norma y la identificación de las condiciones necesarias para su existencia. Las normas no son reducibles a las acciones de promulgación o de reconocimiento de las que dependen. «La verdad de un enunciado que identifica una norma jurídica está directamente determinada por la existencia de la norma»[18]. En definitiva, hay dos carencias básicas en la posición de Bulygin, i) la falta de una distinción adecuada entre normas morales y jurídicas, que conlleva a equiparar el cognoscitivismo ético con el conocimiento del derecho y, ii) la falta de claridad a la hora de advertir que el derecho no es un hecho empírico sino normativo, que conduce a la conclusión errónea de que su conocimiento es sólo posible de forma empírica[19].

Como consecuencia del análisis anterior, y después de descartar por reduccionistas, como hemos visto, los argumentos que se oponen a la posibilidad de informar acerca de la existencia de deberes jurídicos, Redondo propone una teoría del derecho que denomina «positivismo normativista o interno», que al tiempo que describe la práctica como exige el canon positivista clásico, permite identificar el contenido del derecho, es decir, informar de los deberes jurídicos.

En lo que sigue realizaré algunos comentarios de los epígrafes 3, 4 y 5 del primer capítulo. En ellos Redondo evalúa el alcance de su posición (3), la posibilidad de

16. Estos enunciados son los que Redondo presenta en el último capítulo analizado en este mismo número por Ramírez Ludeña (2021)
17. Redondo, 2018, p. 49
18. *Ibidem*.
19. *Ibidem*. No realizaré aquí observaciones críticas a la posición de Redondo sobre el positivismo normativista de Bulygin porque, como es sobradamente conocido, el propio Bulygin tuvo oportunidad de responder a los comentarios de Redondo en un seminario celebrado en la Universidad Pompeu Fabra que dio posteriormente lugar al libro «Un diálogo con la teoría del Derecho de Eugenio Bulygin», vid Moreso y Redondo (2007). En este mismo volumen de DOXA se incluye además un artículo del profesor Agüero que desarrolla con mucha más competencia de la que pudiera hacerlo yo una respuesta crítica a Redondo desde posiciones bulyginianas., vid Agüero (2021)

identificación de los enunciados jurídicos (4) y la existencia de los deberes jurídicos (5). Pero antes es preciso hacer tres aclaraciones previas que, como después veremos, son de extrema importancia para el desarrollo de cada uno de estos apartados.

3. ACLARACIONES PREVIAS

En lo que sigue trataré de clarificar sumariamente tres cuestiones nucleares para la teoría del positivismo normativista o interno que defiende Redondo.

3.1. Redondo sobre la ontología de las normas

La primera se refiere a la ontología de las normas. De acuerdo con Redondo, «las normas o deberes jurídicos existen como entidades ideales que dependen de –aunque no son reducibles a– acciones o convenciones humanas»[20]. No es sencillo comprender cuál es el compromiso ontológico que asume Redondo con esta afirmación. Una interpretación posible consistiría en afirmar que las normas jurídicas existen como consecuencia de la acción humana pero una vez creadas son independientes de la práctica en tanto que disponen de un contenido semántico que no se agota en las prácticas de aplicación. Esto es lo que parece sugerir Redondo cuando distingue entre «normas como prescripciones, como resultado de un acto ilocucionario»[21] y los «actos de ordenar» a los que se refiere el escepticismo jurídico genovés. En el primer caso, de acuerdo con Redondo, «las normas son objetos institucionales o entidades del mundo 3 de Popper, mientras que en el segundo se niega su existencia»[22]. Si Redondo lleva razón, la ontología de las normas determinaría la independencia del derecho de las acciones humanas. Esto es al menos lo que se desprende de la definición que el propio Popper ofrece del mundo 3:

«la idea de autonomía es central en mi teoría del tercer mundo (*third world*): a pesar de que el tercer mundo es un producto humano, una creación humana, crea a su vez su propio dominio de autonomía»[23]

Lo cual, de tomarse en serio la afirmación de Popper, compromete seriamente, como ahora veremos, la epistemología del derecho y probablemente también la tesis del positivismo normativista, interno o de otro tipo.

20. Redondo, 2018, pp. 48-49
21. Redondo, 2018, p. 43
22. *Ibidem*.
23. Popper, 1979, pp. 118

3.2. Redondo sobre la epistemología de las normas

La segunda guarda relación con la cuestión epistemológica o, si se prefiere, con el modo en el que podemos identificar el contenido de las normas. Una vez que se admite la existencia de deberes jurídicos, no cabe más remedio que admitir que solo cabe tener un conocimiento objetivo de ellos. Esto se debe, como acabo de decir, a la peculiar forma de existencia que Redondo atribuye a las normas jurídicas.

Al igual que ocurre con las conjeturas sobre los números naturales, a través de las que Popper ejemplifica la existencia del mundo 3, o las reglas de corrección sintáctica de una gramática generativa o, en fin, los criterios de pertenencia dentro de los ordenamientos jurídicos, las relaciones que se establecen entre los entes del mundo 3 son independientes de las acciones humanas. En otras palabras, como mucho podríamos llegar a conocer e informar sobre las relaciones que existen entre normas jurídicas. Sin embargo, no sería posible decidir sobre el modo en el que tales relaciones se establecen dado que las relaciones entre contenidos semánticos no son reducibles a las acciones humanas. Esto es precisamente lo que niega el realismo jurídico genovés al hacer hincapié en que los actos de decisión determinan el derecho y tales decisiones ignoran por completo las relaciones «autónomas» que se generan dentro de los ordenamientos jurídicos[24].

Esta es, a mi juicio, una cuestión central del capítulo y fundamental para comprender adecuadamente la tesis que desarrolla Redondo en este libro. Sin embargo, debido a la ausencia de una posición clara en relación con la epistemología de las normas, la autora parece recurrir en no pocas ocasiones a una argumentación circular en defensa de la tesis nuclear del positivismo jurídico interno.

3.3. La práctica de referencia

La tercera y última de las observaciones preliminares se refiere a un problema de comprensión de la práctica que Redondo toma como referencia en relación con la existencia y conocimiento de los deberes jurídicos. Esta práctica en ocasiones queda reducida estrictamente al ámbito jurídico, pero en otras parece abarcar una práctica social más compleja en la que la jurídica quedaría incluida. No diferenciar claramente entre ellas oscurece algunos pasajes de este capítulo y dificulta la comprensión de algunas de las tesis nucleares del positivismo jurídico interno que defiende Redondo. Entre otras cosas porque no es posible comprender qué significa el contraste con la práctica o la no reductibilidad a la práctica si no se aclara primero qué práctica se toma como referencia. Esto permitiría, además, clarificar con más detalle qué se entiende por práctica jurídica. ¿La aceptación y seguimiento de las normas jurídicas (de los contenidos ideales) forma parte de esa práctica? ¿Es solo la identificación y aplicación de los contenidos por parte de

24. Tarello, 1980. Guastini, 1992

los jueces? ¿Ambas? Creo que este es un aspecto central de la respuesta que se pretende dar a la objeción escéptica que restringe la práctica a la aplicación.

Una vez realizados estos comentarios a modo de aclaraciones previas me centraré en lo que Redondo expone en el apartado 3 de este primer capítulo.

4. EVALUACIÓN DE LA TESIS DEL POSITIVISMO JURÍDICO INTERNO

En el apartado tercero del capítulo Redondo analiza el alcance de su tesis al tiempo que evalúa las propuestas que previamente había calificado como reduccionistas. Todas ellas, como ahora veremos, guardan relación con alguna de las tres cuestiones a las que acabo de referirme en el apartado anterior.

4.1. Sobre la existencia, validez y contenido de las normas jurídicas

Las propuestas reduccionistas, afirma Redondo, tienen en común que asumen la distinción entre enunciados de existencia y validez por una parte y enunciados sobre el contenido o significado de las normas por la otra. Así ocurre con la propuesta de Mazzarese, para quien las proposiciones normativas son resultado de dos o más proposiciones diferentes que describen entidades distintas[25]. Y también con la de Bulygin, para quien los enunciados de validez son, como vimos, descriptivos y por lo tanto pueden ser verdaderos o falsos, mientras que los enunciados sobre el contenido expresan definiciones del intérprete y son, en consecuencia, analíticamente verdaderos[26]. La distinción entre enunciados interpretativos y enunciados de validez es, de acuerdo con Redondo, insostenible y en todo caso carece de sentido desde el punto de vista del positivismo normativista:

> «Si algo es el contenido de derecho o el significado de una formulación normativa jurídica es porque constituye el contenido de una norma jurídicamente existente o válida –en alguno de los sentidos del término. Es decir, existe un contenido del derecho sólo en la medida en que es el contenido de normas existentes o válidas.»[27]

En resumidas cuentas, contrariamente a lo que defienden las posiciones reduccionistas, las normas jurídicas «son contenidos, y existen en cuanto contenidos»[28], con independencia de que tal existencia se conciba como el resultado de «actos institucionales, de prácticas complejas o como entidades independientes de cualquier intervención

25. Mazzarese, 1991, p. 39
26. Bulygin, 1995
27. Redondo, 2018, p. 51
28. *Ibidem*.

humana»[29]. De este modo, Redondo identifica existencia y validez: toda norma jurídica existente es válida y todas las normas válidas existen por definición. En otras palabras, tal y como antes vimos al analizar la definición del mundo 3 de Popper, la existencia y la validez de las normas, al menos de algunas de ellas, es completamente independiente de las acciones humanas y por tanto ni una ni otra pueden ser el resultado de acciones institucionales ni de prácticas complejas.

Ahora bien, la identificación de existencia y validez compromete el alcance de la tesis del positivismo normativista dado que no permite dar cuenta del problema que presentan las normas irregulares. Es decir, aquellas normas que pese a ser existentes no pertenecen al ordenamiento jurídico y que impiden equiparar existencia con validez porque tal existencia es incompatible con la existencia y conocimiento de los deberes jurídicos. Dicho de otra manera, una norma irregular no puede ser válida si existen deberes jurídicos que, por definición, la norma irregular incumple.

Creo que el problema que se presenta aquí tiene que ver con la falta de distinción adecuada entre la forma de existencia de las normas y el conocimiento que tenemos de ellas. Entre el problema ontológico y el epistemológico[30]. Si las normas existen como contenidos, o si se prefiere como deberes, tales contenidos son independientes de nuestras acciones y, en consecuencia, no tienen nada que ver con los actos empíricos de aplicación. Pero no se puede decir lo mismo de los actos de creación de nuevas normas y todas las consecuencias que de ello se derivan dentro del sistema jurídico. Ahora bien, si esto es así, el criterio de validez que se adecua mejor con la tesis de positivismo normativista parece ser la de pertenencia, dado que permite sostener a un tiempo que el significado o contenido de una norma se identifica con su validez y esta, a su vez, no es reducible a la práctica de aplicación.

4.2. Significado y validez

La segunda consideración trae causa precisamente de lo anterior. Efectivamente, Redondo considera la propuesta de distinguir entre norma y significado o, por decirlo en sus propios términos, entre «la "entidad" significado de una norma y la "entidad" norma jurídicamente existente o válida»[31]. A través de esta distinción se haría referencia a dos prácticas diferentes, a saber, una práctica lingüística o convención semántica y una práctica específicamente jurídica de reconocimiento y aplicación de normas. Esta distinción es insostenible a decir de Redondo porque la remisión de los enunciados jurídicos a una práctica lingüística más general es, alternativamente, innecesaria o inadmisible:

> «La pregunta por el significado de ciertas expresiones lingüísticas en el ámbito jurídico es otra manera de formular la pregunta acerca de las conductas jurídicamente debidas o, lo

29. *Ibidem*.
30. Me he ocupado de este problema en otro lugar, vid Carrio, 2012, pp. 145 ss.
31. Redondo, 2018, p. 51

> que es lo mismo, cuáles son las normas jurídicamente vinculantes. Se trata de dos caras de la misma moneda. Podemos decir que, en el derecho, el significado de ciertas expresiones depende de qué conductas se consideren prohibidas, obligatorias o permitidas. O, a la inversa, podemos decir que, en el derecho, las conductas debidas dependen de las específicas reglas semánticas que se siguen en la práctica de reconocimiento y aplicación de normas.»[32]

Redondo ejemplifica esta afirmación a través de la referencia a la ya clásica proposición normativa «Está prohibido el ingreso de ambulancias en el parque». El valor de verdad de esta proposición normativa depende, de acuerdo con Redondo, «de qué conductas se consideren debidas –prohibidas, obligatorias o permitidas– conforme con la práctica jurídica o, si se quiere, depende de con qué significado se usa la palabra vehículo en dicha práctica»[33].

Uno puede estar de acuerdo con Redondo en lo fundamental de esta afirmación. Es decir, admitir que el valor de verdad el enunciado depende de qué conductas se consideren debidas en la práctica[34], y continuar sin comprender cuál es la crítica que la autora realiza a Caracciolo y Bayón, a los que refiere como ejemplos del error. Más bien parece que la tesis que defienden ambos, y en particular Caracciolo, está a favor de la tesis del positivismo normativista que defiende Redondo. Repárese en que Caracciolo, siguiendo al segundo Wittgenstein, afirma que hay una imbricación entre regla y práctica: «la regla determina la conducta pero también la conducta determina el contenido de la regla»[35]. En otras palabras, la ontología determina la epistemología, la regla es una práctica, un juego lingüístico que «suministra el material que conforma el "uso" del lenguaje»[36]. Se trata, efectivamente, como afirma Redondo, de «una única práctica en la cual se consideran debidas ciertas conductas y al *hacerlo* se usan expresiones con cierto significado»[37]. Pero esto es también lo que afirma Caracciolo:

> «el uso del lenguaje requiere el plus que consiste en seguir reglas. En este caso, la cuestión que se plantea es cognoscitiva […]. Si es que existen reglas y, por lo tanto, normas, el usuario del lenguaje tiene una posición privilegiada […]. Es su propia conducta la que suministra el material que conforma el "uso" del lenguaje»[38]

Es decir, tanto Caracciolo como Redondo apelan a la posibilidad de describir comportamientos extralingüísticos que no se ajustan a las convenciones semánticas que existen en la propia práctica jurídica. No hay por tanto divergencia en este punto.

32. Redondo, 2018, p. 53
33. *Ibidem*
34. Lo cual es, por cierto, una cuestión diferente del significado con el que usa la palabra «vehículo» en dicha práctica.
35. Caracciolo, 2009, p. 144
36. *Ibidem*.
37. Redondo, 2018, p. 53
38. Caracciolo, 2009, p. 144-5

4.3. Sobre la objeción escéptica

La tercera y última consideración que realiza Redondo se refiere a la objeción escéptica acerca de la imposibilidad de determinar el contenido de las normas. En realidad, esta objeción constituye, a decir de Redondo, la confirmación de que «la existencia de una norma no es algo diferente de la determinación de un contenido vinculante o debido[39].

De acuerdo con Redondo, la objeción escéptica puede presentarse de dos maneras, a saber, i) en términos semánticos, i.e., como imposibilidad de determinar el contenido o significado de una regla, y ii) en términos ontológicos, i.e., como imposibilidad de afirmar la existencia de una regla.

Aunque a primera vista parece ser cierta la equivalencia entre el aspecto epistemológico y el ontológico que señala Redondo, creo que es posible y conveniente diferenciar entre uno y otro. Ciertamente, una cosa es que el aspecto ontológico determine la forma de conocimiento de las reglas y otra diferente es que no sea posible diferenciar uno de otro. En primer lugar, parece evidente que la imposibilidad ontológica implica también la epistemológica. No se puede conocer lo que no existe. Pero no sucede así a la inversa, no al menos en el caso de las normas. La imposibilidad de determinar el contenido de una regla parece presuponer su existencia. Cuestión diferente es que no podamos determinar exactamente el ámbito de aplicación de la regla. Pero en este caso, antes que una imposibilidad epistémica estamos ante un caso de indeterminación semántica y, en consecuencia, hay al menos un conocimiento gradual de lo que exige la regla. Creo que de esta forma el positivismo normativista puede afrontar la objeción escéptica con mejores argumentos. Por una parte, esta vía resulta mucho más acorde con la distinción entre fuentes y actos de interpretación, de hondo calado en la tradición positivista, como ocurre con los estándares a los que se refiere Hart[40] y la decisión que exige optar por uno de los significados posibles a la que alude Kelsen[41]. Por la otra, permite mostrar que la objeción escéptica acerca de la existencia de reglas tiene un alcance mucho más limitado del que en ocasiones se presume, tal y como muestra el perfecto encaje que encuentra en la tradición positivista el marco interpretativo que defiende Guastini[42].

En definitiva, esta vía parece la más acorde con las condiciones de verdad de los enunciados de deber que, de acuerdo con Redondo, están relacionados con la práctica de reconocimiento y aplicación de normas pero no consisten en ella: «los deberes no son reducibles a prácticas empíricas»[43]. Es decir, la práctica de reconocimiento y aplicación de normas puede ser incongruente con los deberes, lo que implica que estos sirven como criterio de evaluación de aquella. Redondo sostiene que «los deberes jurídicos son contenidos abstractos o significados pero siempre relativos a una práctica empírica. [L]

39. Redondo, 2018, p. 54
40. Hart, 1994, p.147
41. Kelsen, 1960, pp. 354-5
42. Guastini, 2012, p. 55; 2014, 75; Carrio, 2019, pp. 512-3.
43. Redondo, 2018, p. 55

a identificación de un deber jurídico es algo que puede iniciarse a partir de un punto o del otro»[44]. De ahí que sea necesario distinguir claramente entre las condiciones de existencia de un deber jurídico, la respuesta a una pregunta empírica, y los contenidos jurídicamente debidos conforme a dicha práctica jurídica. Con esto último se «intenta identificar los contenidos o criterios que se usan como base (explícita o implícita) en una práctica de argumentación o justificación de acciones»[45], lo cual, afirma Redondo, «no se trata de una investigación empírica». No percatarse de esta distinción entre las condiciones de existencia de un deber jurídico y la identificación de su contenido es lo que «explica por qué la constatación de datos empíricos se considera el único problema epistémico que se puede presentar en relación con el derecho»[46], como sostiene Bulygin. En definitiva,

> «establecer la verdad de una proposición normativa, presupone la existencia de una práctica, pero hace referencia al contenido de esa práctica: a la regla que en dicha práctica se sigue. Es decir, el esfuerzo va dirigido a constatar qué contenidos son *razones jurídicas* dentro de esa práctica»[47].

Estoy de acuerdo en que es necesario distinguir las condiciones de existencia del deber jurídico de los contenidos jurídicamente debidos. Precisamente por ello el argumento que esgrime Redondo pone nuevamente de manifiesto la necesidad de diferenciar entre el problema ontológico y el epistemológico de las normas jurídicas. Ahora bien, lo que no parece tan claro es la desvinculación absoluta entre la identificación de los contenidos que se usan en la práctica de argumentación jurídica o de justificación de acciones y la propia práctica. Es decir, en qué sentido averiguar las condiciones de existencia de los deberes jurídicos responde a una investigación empírica, pero identificar el contenido de esos deberes no. Si es cierto que la incorporación de los contenidos al derecho depende de las fuentes y, en este sentido de la práctica jurídica, la identificación de los contenidos también está vinculado a esa práctica, cuya corrección podemos evaluar precisamente de acuerdo con esos contenidos. Dicho de otra manera, una cosa es que los contenidos semánticos puedan ser identificados con independencia de lo que ocurre en la práctica de aplicación de normas jurídicas y otra muy diferente que tales contenidos no tengan ninguna relación con la práctica de aplicación. Entre otras cosas porque si como afirma Redondo, «el criterio de verdad de una proposición normativa se encuentra en la regla que en esa práctica se sigue», tal regla solo puede conocerse a través del criterio de evaluación de la práctica que ofrecen los contenidos semánticos. De no ser así, el único criterio de corrección de la práctica consistiría en ella misma, en una mera regularidad de acciones, lo cual implicaría admitir la objeción escéptica.

44. *Ibidem*
45. Redondo, 2018, p. 56
46. Id., p, 57
47. *Ibidem*

Una forma alternativa de presentar las cosas consiste en afirmar que, si bien la existencia del derecho depende de las fuentes sociales, la identificación de los deberes jurídicos depende de una práctica argumentativa que remite a un tipo de existencia ideal de significados posibles dentro de la convención lingüística. Alguno de esos contenidos es finalmente plasmado en las fuentes a través de los actos de creación o aplicación del derecho. Vistas así las cosas hay dos aspectos de la práctica jurídica que, como bien afirma Redondo, no son independientes pero tampoco reducibles. Lo contrario nos llevaría a admitir la objeción escéptica y reconocer que no hay posibilidad de determinar el contenido de una regla antes de su aplicación.

A partir de aquí Redondo diferencia tres tipos de teorías positivistas, a saber:

i) el positivismo reduccionista, que equipara los contenidos de deber a hechos, pasados o futuros probables. Esta versión se corresponde con una «visión empirista y reduccionista de los deberes»[48]
ii) El positivismo externalista, que identifica los deberes jurídicos con el significado o contenido de las normas, desvinculándose totalmente de la práctica de aplicación. «Los deberes jurídicos son significados ante los cuales, contingentemente, se puede adoptar una actitud práctica»[49]
iii) El positivismo que identifica los enunciados de deber con entidades semánticas específicamente jurídicas. Es decir, los deberes jurídicos son razones jurídicas para la acción[50].

No estoy seguro de que esta distinción resulte exactamente del análisis que Redondo realiza en este capítulo. Quizá sería más honesto reconocer, la menos por lo visto hasta aquí, que los tres tipos de positivismo conviven dentro de la versión estándar, comprometida con las fuentes del derecho y que, en ocasiones se pone el énfasis en uno u otro aspecto de los deberes jurídicos. Probablemente Redondo adelante aquí algunas de las conclusiones del próximo capítulo del que no me compete ocuparme en este artículo. En todo caso, esta distinción resulta útil para examinar el problema de identificación de los deberes jurídicos.

5. LA IDENTIFICACIÓN DE LOS DEBERES JURÍDICOS

Toda vez que se acepta que los enunciados de deber expresan proposiciones normativas resulta sencillo identificarlos. Es suficiente, como afirma Redondo, con que tengan una dirección de ajuste palabra a mundo y esta propiedad persista cuando a tales enunciados se les añade «es verdad que». La posibilidad de determinar la verdad o falsedad de

48. Redondo, 2018, p. 58
49. Redondo, 2018, p. 59
50. *Ibidem*.

dichos enunciados genera, sin embargo, profundos desacuerdos teóricos que Redondo presenta agrupados en tres «dificultades».

5.1. Primera dificultad: la expresión del significado

La primera dificultad radica en la advertencia de Wittgenstein acerca de la imposibilidad de expresar lingüísticamente el significado de un texto, salvo que se repita el mismo texto. Establecer el significado de una formulación normativa mediante otra formulación normativa, resulta, como indica Bayón, cuando menos, paradójico[51]. Como afirma Caracciolo siguiendo a Wittgenstein, «el término "interpretación" tiene que ser limitado a los casos en que se sustituye una formulación de la norma por otra equivalente, es decir, a una sustitución que no modifique el significado»[52]. Las mismas razones que se aplican a la imposibilidad de identificar deberes jurídicos a través de la interpretación sirven, a decir de Redondo, para rechazar la idea de que la verdad de los enunciados jurídicos se corresponde con la demostrabilidad, como propone Moreso[53]. Es decir, si en el primer caso se requiere una cadena infinita de interpretaciones, en el segundo se requiere una cadena infinita de demostraciones.

Creo que Redondo y Bayón llevan razón. Pero, como bien decía Wittgenstein esto es un problema intrínseco de la comunicación humana. Es decir, no solo es un problema de los lenguajes naturales en los que se expresa el derecho. De hecho, el recurso a una cadena infinita de demostraciones también puede predicarse en las ciencias duras o naturales. Lo cual pone de manifiesto la imposibilidad de trasladar exactamente las expresiones de los lenguajes formales a los naturales[54] y, con ello, la dificultad de automatizar las decisiones judiciales, ahora tan en boga[55].

5.2. Segunda dificultad: la captación del significado

Redondo presenta la segunda dificultad como parte de la respuesta a la cuestión anterior acerca del significado. Desde una lectura no escéptica del planteamiento de Wittgenstein puede sostenerse que el significado de una expresión, los contenidos jurídicamente debidos, se pueden captar directamente, sin que queden mediatizados por el lenguaje[56]. Es decir, el contenido se expresa en los actos de aplicación de la regla, i.e., el significado se capta o exhibe en la práctica. Esto a su vez nos llevaría a aceptar que en los casos de aplicación de la regla se exhibe o expresa ese contenido. En definitiva, los «enunciados que

51. Redondo, 2018, p. 61, donde se cita un texto inédito de Bayón
52. Caracciolo, 2009, p. 143
53. Redondo, 2018, p. 61. Moreso, 1997, pp. 75-77.
54. Popper, 1979, p. 121
55. Martínez Zorrilla, 2019, p. 152-72
56. Redondo, 2018, p. 63

identifican los actos debidos conforme a la regla –los deberes– presuponen y exhiben la comprensión de la regla»[57]. Ahora bien, afirmar que la regla está determinada por la práctica de aplicación es tanto como admitir el problema de circularidad que denuncia el argumento escéptico. Para salvar este problema es necesario admitir que la regla y la práctica son dos entidades diferentes. En otras palabras, «los significados o contenidos jurídicamente debidos no *son* la práctica o las conductas reiteradas»[58].

Aquí se encuentra, a mi juicio, la cuestión central del capítulo y también las bases sobre las que se construye el argumento nuclear del libro que versa, como dije al inicio, sobre el problema de la ontología de las normas y el modo en que esta determina la posibilidad de conocimiento de ellas. Pero tendremos que esperar aun a que Redondo desvele cuál es la respuesta. Por ahora remite al argumento de Raz sobre lo innecesario de tener en cuenta argumentos morales a la hora de identificar el contenido de las normas y al «objetivismo modesto de Brian Leiter», el cual, a juicio de Redondo, constituye la determinación de las condiciones de verdad de los enunciados jurídicos, a pesar de ser presentado como un análisis ontológico[59]. Ambas teorías, de acuerdo con Redondo, reconocen una doble relevancia a la práctica. Por una parte, tiene un valor constitutivo, i.e., las normas llegan a existir gracias a la práctica[60]. Por la otra, tiene relevancia epistémica dado que «el acceso al conocimiento de las normas o contenidos debidos está limitado a quienes participan de algún modo en la práctica»[61]. En términos parecidos, aunque no idénticos, Caracciolo, califica también de privilegiada la posición del usuario del lenguaje, i.e. del participante en la práctica[62].

En mi opinión nos encontramos aquí con varios problemas. El primero se refiere a la propia práctica que, como antes dije, conviene definir para saber si nos referimos a la práctica estrictamente jurídica o a una práctica lingüística más general. Redondo, al menos en este primer capítulo, parece oscilar entre una y otra. En función de cuál sea esta práctica será posible calibrar el carácter constitutivo de la misma en relación con las normas jurídicas. Ciertamente si la práctica a la que se refiere Redondo es estrictamente jurídica, sería muy dudoso admitir el carácter constitutivo de esta práctica porque ello implicaría aceptar que no es posible hablar de relaciones semánticas entre contenidos. Al menos no de una forma irrestricta, como exige el mundo 3 de Popper al que Redondo se refiere[63], dado que estas quedarían siempre mediatizadas por la acción de los operadores jurídicos.

El segundo problema se refiere a la propia ontología de las normas que, como digo, determina el modo en el que podemos conocerlas. Ahora bien, si las normas, o mejor,

57. Redondo, 2018, p. 64
58. Redondo, 2018, p. 66
59. Redondo, 2018, p. 68
60. *Ibidem*.
61. *Ibdiem*.
62. Caracciolo, 2009, p. 144
63. Popper, 1979, p. 121

los contenidos jurídicos, tienen una existencia ideal conforme a la cual se puede evaluar la práctica, parece difícil afirmar que la práctica constituye a su vez las normas sin caer de nuevo en el problema de la circularidad que denuncia, no sin buenos argumentos, el escepticismo jurídico.

El tercer problema se refiere a la distinción entre el carácter privilegiado del hablante al que se refiere Caracciolo y la limitación del conocimiento que, al menos parcialmente, parece admitir Redondo. De ser así, esto implicaría restringir la posibilidad epistémica a los participantes. Es decir, la imposibilidad de describir normas dado que ello exigiría adoptar una perspectiva *etic* y, en consecuencia, desprovista de significado[64].

Es cierto que los tres problemas guardan relación entre sí. Pero convendría tratar cada uno de ellos por separado porque de lo contrario podríamos llegar a la conclusión, errónea desde mi punto de vista y desde luego incompatible con los postulados del positivismo jurídico interno que defiende Redondo, de que no es posible alcanzar un conocimiento objetivo de las normas y, en consecuencia, de los deberes jurídicos.

5.3. Tercera dificultad: el conocimiento de normas

La tercera dificultad trae consecuencia de los tres problemas que acabo de señalar y pone de manifiesto una vez más de qué modo la específica forma de existencia de las normas jurídicas determina su conocimiento. Redondo insiste, con razón, en la dificultad intrínseca de sostener que solo es posible el conocimiento de normas por parte de quienes comparten el punto de vista interno dado que esto implicaría que el conocimiento de las normas jurídicas no es accesible a cualquier persona. Con buen criterio Redondo rechaza esta posición por considerarla reduccionista. Sin embargo, a renglón seguido Redondo, apoyándose de nuevo en Caracciolo, afirma lo siguiente:

> «Sobre esta base, es claro que sólo quien está adiestrado en el juego puede adoptar el punto de vista interno. Sin embargo, debe advertirse que esto no permite la afirmación inversa. Es decir, no hay ninguna razón para pensar que sólo quien ha adoptado un punto de vista interno, o presta su apoyo moral a las normas, está en condiciones de dominar la técnica requerida. En otras palabras, requerir el uso de un lenguaje común y el dominio de una técnica para arribar al conocimiento de normas –o de cualquier otra porción de la realidad– no significa que este conocimiento esté sólo reservado a quienes comparten un punto de vista moral. Consecuentemente, tampoco significa que este conocimiento no cumpla con la condición del carácter público y abierto a todo ser racional. El participar en un mismo juego de lenguaje o forma de vida no debe asimilarse al compartir un punto de vista interno (moral)»[65]

64. Como es sabido, fue Kenneth Pike quien estableció la conveniencia de distinguir entre dos modos diferentes de describir comportamientos que denominó, *emic*, o punto de vista de los participantes, y *etic*, o punto de vista de quienes observan esa práctica. Sobre esta distinción, de enorme repercusión en el punto de vista interno/externo del derecho, véase Pike, 1967.
65. Redondo, 2018, p. 68

De nuevo nos encontramos aquí con diferentes problemas que conviene analizar por separado. En primer lugar, es necesario clarificar qué se entiende por punto de vista interno. Es decir, si el adiestramiento en el uso de un lenguaje común al que se refiere Caracciolo siguiendo a Wittgenstein, implica o no un compromiso moral con el lenguaje o las normas jurídicas que expresa. Desde mi punto de vista, la equivalencia entre punto de vista interno y compromiso moral que asume Redondo no se produce necesariamente. Ciertamente el adiestramiento en el uso del lenguaje implica «actitudes críticas que tienen que ser compartidas por todos los que comparten la "forma de vida" que conforma la posesión del mismo lenguaje»[66], como afirma Caracciolo. Y, en este sentido, es necesario adoptar un punto de vista interno o, si se prefiere, compartir una moral social, i.e., la conducta de los participantes «que suministra el material que conforma el "uso" del lenguaje»[67]. Pero esto no implica comprometerse con esa moral social, sino comprenderla y, quizá, actuar en consecuencia con ella o atenerse a las consecuencias de no hacerlo. En otras palabras, aunque el resultado de la acción pueda ser idéntico, las razones que avalan la acción son diferentes en el caso de actuar de acuerdo con la moral social por mor de la convención que actuar por convicción de que la práctica social es moralmente correcta. La distinción es importante porque contrariamente a lo que afirma Redondo, participar en un mismo juego de lenguaje implica claramente comprender el punto de vista interno y, en este sentido, una moral social, pero no exige ningún compromiso con ella.

Una vez clarificada esta cuestión es necesario averiguar, en segundo lugar, si este conocimiento puede ser caracterizado de público y abierto, como requiere la condición de racionalidad epistémica. Para responder a esta cuestión Redondo acude al conocido análisis de Raz sobre la implicación de los denominados conceptos densos (*thick concepts*) en el conocimiento objetivo de valores[68]. De este modo Redondo alega en defensa de la posibilidad de conocimiento objetivo de las normas jurídicas las tres observaciones razianas sobre estos conceptos, a saber, i) la traducibilidad entre culturas, ii) la posibilidad de conocerlos a través de la propia práctica, real o recreada y iii) la implausibilidad y refutación fáctica de que solo es posible conocer los conceptos propios de una cultura[69].

Redondo concluye así que la verdad de los enunciados que identifican deberes no está determinada ni por la interpretación, ni por una demostración ni por el consenso o la práctica. El conocimiento de los deberes jurídicos, como ocurre con cualquier otro ámbito de conocimiento, se sustenta sobre razones accesibles a todo ser racional. Es decir, el conocimiento de los deberes jurídicos respeta la tesis de equivalencia según la cual «Se debe hacer X en SJ» si y solo si se debe hacer X en SJ. En otras palabras, se trata de un concepto absoluto de verdad[70]. La conclusión de Redondo se basa en

66. Caracciolo, 2009. p. 145
67. Caracciolo, 2009, p. 144-145
68. Raz, 2001, pp. 225-7
69. Redondo, 2018, p. 71
70. Redondo, 2018, p. 72

la denominada «condición de relevancia del conocimiento» de Raz que, como afirma Redondo, permite sostener la verdad o corrección de ciertos enunciados bien cuando no hay razones ni a favor ni en contra de una proposición, bien cuando hay razones a favor y en contra de tal proposición[71].

Estoy de acuerdo con Redondo en que la posibilidad de conocimiento de los deberes jurídicos se sustenta en razones objetivas pero discrepo de ella en que los argumentos que ofrece Raz conduzcan a esta conclusión. Ciertamente, la traducibilidad de los conceptos densos o propios de una cultura (*thick and parrochial concepts*) si bien puede facilitar la comprensión no elimina la «posición privilegiada» del usuario originario del lenguaje a la que se refiere Caracciolo. Piénsese en lo que ocurre, por ejemplo, con las diferentes tonalidades de blanco que distinguen los inuit o los calificativos que los asturianos aplicamos a la sidra en función del sabor, textura, color, etc. A través de la traducción de estos conceptos quizá logremos una comprensión aproximada de lo que unos y otros refieren, pero esa comprensión en ningún caso será idéntica a la que tienen los participantes en esos juegos del lenguaje. Ahora bien, como sugiere Raz y admite Redondo, siempre queda la posibilidad de aprender tales conceptos de modo directo introduciéndonos en la práctica. Pero esto obviamente implica convertirse en participante y, en consecuencia, resulta honesto reconocer el carácter privilegiado del usuario del lenguaje en el que nos hemos convertido al dar este paso. Por último, el concepto absoluto de verdad de los enunciados jurídicos que defiende Redondo se encuentra en línea con los contenidos proposicionales que, de acuerdo con Popper, conforman el mundo 3. Ahora bien, la tesis de equivalencia restringe, por definición, el contenido proposicional a las normas formuladas. Lo cual nos devuelve al problema de la práctica de referencia. Si esta práctica es estrictamente jurídica surge entonces la duda de si el concepto de verdad absoluta es predicable también de todas las consecuencias lógicas de tales normas, como parece exigir la tesis del positivismo normativista y desde luego es condición indispensable para formar parte del mundo 3 de Popper en el que Redondo incluye los deberes jurídicos[72].

6. LA EXISTENCIA Y CONTENIDO DE LOS DEBERES JURÍDICOS

El último epígrafe de este primer capítulo se divide en dos apartados que analizan la dicotomía entre los pares de conceptos realismo/antirrealismo y objetivo/subjetivo. Veamos brevemente cada uno de ellos.

71. Id., nota 75.
72. El mundo 3, afirma Popper, «es el mundo de los inteligibles, de las ideas en sentido objetivo», Popper, 1979, p. 154

6.1. La dicotomía realismo/antirrealismo

De acuerdo con Redondo, analizar la posibilidad de conocer deberes jurídicos, exige distinguir entre el problema ontológico y el epistémico[73]. Lo primero que hay que advertir aquí es que la posibilidad de conocer deberes jurídicos es estrictamente una cuestión epistémica en tanto atañe a la determinación del contenido. En consecuencia, debe asumirse algún compromiso ontológico previo. Pero dejaré de lado esta cuestión para atenerme al orden de la exposición y a los objetivos de Redondo en este epígrafe.

En las reconstrucciones de los deberes jurídicos por las teorías del derecho, la existencia de tales deberes se entiende: bien como una entidad independiente de los datos empíricos, ideal; bien como un dato empírico. En este último caso los deberes tienen idéntico estatus ontológico que la práctica. Sin embargo, en el primer caso, las entidades ideales pueden entenderse de maneras diferentes. Hay teorías que sostienen que la existencia de estas entidades ideales es independiente de cualquier intervención humana, como defiende la concepción hilética. Y otras que afirman que las entidades ideales sobrevienen a las prácticas empíricas. En este segundo caso, afirma Redondo, siempre es posible operar la reducción a la práctica[74]. De todas formas, el positivismo normativista se caracteriza por no ser reduccionista. En este sentido son normativistas, Hart, Kelsen y quienes, como Moreso, defienden que la noción de justificación es dependiente de la existencia de reglas generales[75].

A juicio de Redondo ambas versiones presentan problemas. En la primera versión la existencia de normas se presenta bajo la forma de realismo metafísico. En la segunda, la más común en el positivismo, como antirrealismo no escéptico según el cual la existencia ideal de las normas depende del lenguaje o de las convenciones humanas. En cualquier caso, toda posición normativista debe aferrarse a una u otra. A partir de aquí Redondo analiza las diferentes formas de caracterizar el realismo/antirrealismo.

De acuerdo con la lectura que Redondo ofrece de Dummet la oposición realismo/antirrealismo se define por las condiciones de verdad de las proposiciones. Realistas son quienes afirman que tales condiciones de verdad son trascendentes a los elementos de prueba y es antirrealista quien niega la independencia. El problema con esta propuesta es que o bien parte de una estipulación o bien comporta un regreso al infinito o bien acaba dando la razón a la objeción escéptica al sustentarse sobre prácticas convergentes. En contraste con esta propuesta de Dummet, Devitt sostiene que la oposición realismo/antirrealismo debe establecerse de modo independiente de la cuestión epistemológica acerca de la verdad de las proporciones. En este caso, las posiciones antirrealistas admiten entidades ideales cuya existencia y contenido son relativos a convenciones humanas pero independientes o no relativas al conocimiento. Es decir, la verdad de un enunciado de deber vendría «directamente determinado por la existencia y el contenido del deber

73. Redondo, 2018, p. 74
74. Redondo, 2018, p. 75
75. Moreso, 2011, pp. 41 ss.

–relativo a una práctica–y no por su demostración o conocimiento»[76]. Así caracterizado, el antirrealismo aceptaría la verdad como correspondencia que, como señala Redondo, es una característica del realismo en el sentido de Dummet. La incompatibilidad de ambas caracterizaciones de la dicotomía realismo/antirrealismo y la ambigüedad a la que conduce aconsejan, como afirma Redondo haciéndose eco de la propuesta de Leiter, abandonar esta distinción y prestar más atención a la dicotomía objetivo/subjetivo.

Pero antes, es conveniente realizar algunos comentarios sobre la interpretación que realiza Redondo de la dicotomía realismo/antirrealismo de Dummet[77]. En primer lugar, es necesario reparar en que la distinción entre el problema ontológico y el epistémico tan sólo tiene sentido si se sostiene, como hace Redondo, que los deberes jurídicos no son reducibles a la práctica. De otro modo la distinción no funciona dado que, como defiende la objeción escéptica, la identificación del deber consiste en la propia práctica. Es decir, no hay más deberes que los que se imponen en la práctica. En todo caso, la distinción cobra pleno sentido desde postulados normativistas que, en cualquiera de sus versiones, defienden la posibilidad de identificar deberes o reglas generales. Ciertamente, toda vez que se admite la existencia de esos deberes o reglas generales tiene sentido preguntarse cómo se conocen o determinan. Ahora bien, si la verdad de los enunciados jurídicos de deber se asienta sobre un concepto absoluto de verdad, como acaba de afirmar Redondo siguiendo a Devitt, justo es reconocer que la propuesta de Dummet no exige más que la justificación del conocimiento de estos deberes, que bien puede basarse en una demostración semántica.

Más problemática parece la caracterización que, de acuerdo con Redondo, realiza Dummet del realismo dado que, por una parte, es inviable y, por la otra, resulta totalmente inútil a la hora de conocer los deberes jurídicos. Lo primero trae causa de que la condición de verdad de toda proposición depende siempre de una concepción de la verdad. Es decir, los elementos de prueba dependen de la concepción de verdad que se adopte. Lo cual no implica, por cierto, que sea un concepto absoluto de verdad ni que los elementos de prueba dependan de las prácticas humanas, como ocurre, por ejemplo, en física. Las condiciones de verdad de las leyes de gravitación universal son independientes de la acción humana, pero no son trascedentes a los elementos de prueba matemáticos. Todo esto, sin embargo, es de escasa utilidad a la hora de analizar la posibilidad de conocer los deberes jurídicos que quedan siempre circunscritos al ámbito de las prácticas humanas. Por ello, resulta más adecuado, como recomienda Devitt, centrarse en la cuestión epistemológica acerca de la verdad de las proposiciones que expresan deberes jurídicos. Lo cual nos lleva a la última consideración que realiza Redondo sobre el par objetividad/subjetividad.

76. Redondo, 2018, p. 78

77. Dado que en realidad Redondo se basa aquí en la lectura que Moore ofrece de Dummet, en lo que sigue me atendré únicamente al texto de Redondo dado que no me ha sido posible consultar la versión original de Dummet.

Este par de conceptos puede usarse para referir tanto propiedades metafísicas como epistémicas. De ahí que sea preciso diferenciar adecuadamente en qué sentido se usa. De acuerdo con Searle, afirma Redondo, la objetividad o subjetividad en sentido epistémico son propiedades graduales que se predican de los enunciados o proposiciones aptos para la verdad[78]. Un enunciado es subjetivo cuando su verdad o falsedad depende de las actitudes y puntos de vista del emisor o del receptor, o de ambos. Los gustos, las preferencias o los juicios morales en la teoría de Kelsen, serían ejemplos de enunciados epistémicamente subjetivos. En cambio, son juicios objetivos en sentido epistémico aquellos cuya verdad no depende de actitudes o puntos de vista del emisor o receptor, sino del hecho al que hacen referencia. La dicotomía subjetivo/objetivo, afirma Redondo, es aplicable también a la calificación de los hechos[79].

Pero además del sentido epistémico hay también un sentido ontológico en el que esta dicotomía puede ser también empleada. En este sentido, «objetivo» y «subjetivo» son predicados que hacen referencia a un modo de existencia, pero el contraste que establecen, contrariamente a lo que ocurre en el ámbito epistémico, no es gradual. Un hecho es subjetivo cuando su modo de existencia depende de la aceptación o representación por parte de los individuos. Y es objetivo cuando su modo de existencia es independiente del estado mental de los individuos. Ambos modos de existencia, afirma Redondo, «se asientan en una distinción fundamental entre rasgos intrínsecos a la naturaleza y rasgos dependientes o relativos a la intencionalidad de los usuarios, observadores, aceptantes, etc.»[80]. Siguiendo a Searle, el ejemplo del que se sirve Redondo para mostrar la diferencia entre uno y otro sentido ontológico es el de una silla. De acuerdo con Redondo, al afirmar que estamos sentados sobre un objeto con determinada masa y composición química estaríamos poniendo de relieve propiedades que existen independientemente de cualquier representación que se tenga de ellas porque son propiedades intrínsecas al objeto. Sin embargo, al afirmar que estamos sentados sobre una silla estaríamos poniendo de manifiesto un rasgo del objeto que es relativo a los observadores o usuarios. De ahí que, como afirma Searle:

> «La existencia de rasgos del mundo relativos al observador no añade a la realidad ningún objeto material, pero puede añadir a la realidad rasgos epistémicamente objetivos donde los rasgos en cuestión existen solo en relación con los observadores y usuarios»[81].

Creo que esta afirmación de Searle, que asume Redondo, presenta serios problemas que conviene analizar en detalle porque son importantes para las pretensiones del positivismo jurídico interno. En primer lugar, cabe advertir que ni al hacer referencia a las «propiedades intrínsecas del objeto», ni al referir «los rasgos relativos a los participantes» se añade objeto alguno a la realidad. La masa y la composición química

78. Redondo, 2018, p. 80
79. *Ibidem*
80. *Ibidem*.
81. Searle, 1995, p. 10

preexisten conceptualmente en idéntico sentido al que lo hacen el concepto de silla que usa Redondo o el de destornillador al que se refiere Searle.

En segundo lugar, y más importante para lo que aquí interesa, tanto «las propiedades intrínsecas del objeto», como la silla y el destornillador son conceptos culturales, creaciones humanas. Dicho de otra manera, al igual que no existen sillas en la naturaleza, tampoco existe la masa de los objetos. En ambos casos nos encontramos ante conceptos que solo tienen sentido para los participantes en un determinado juego del lenguaje, en este caso el lenguaje científico y, más concretamente, del progreso en la ciencia química[82]. Cuestión diferente es que los elementos que estudia la química, los átomos, las partículas, etc., se encuentran en la naturaleza y las sillas no. Pero lo único que esto implica es que los conceptos que maneja la química hacen referencia a entidades primarias, propias del mundo 1 de Popper, mientras que los conceptos de silla y destornillador hacen referencia al ámbito de las creencias que tenemos como parte de la etología o cultura humana[83]. Es decir, en tanto que conceptos integrantes del mundo 2 de Popper[84].

En cualquier caso, a partir de la distinción de Searle, Redondo afirma que podemos diferenciar entre juicios epistémicamente subjetivos acerca de entidades ontológicamente objetivas, como sucede con el enunciado «me gustan las montañas»[85]. Y juicios epistémicamente objetivos acerca de entidades ontológicamente subjetivas, como ocurre con el enunciado «el cuaderno que buscas está sobre el escritorio»[86]. Y este sería precisamente el caso de los enunciados deónticos que identifican deberes jurídicos:

> «Al identificar algo como un deber jurídico ponemos de relieve un rasgo que es relativo a un grupo de observadores y usuarios. Esta identificación no añade al mundo ningún objeto material, pero sí un rasgo epistémicamente objetivo, siempre relativo a un grupo de observadores y usuarios»[87]

La ventaja que presenta la propuesta de Searle radica, de acuerdo con Redondo, en que permite distinguir claramente entre los problemas ontológicos y los epistemológicos. Asimismo, permite distinguir la existencia de un «objeto» (empírico o ideal) de su modo de existencia «objetivo» o «subjetivo». En definitiva, esta distinción permitiría distinguir la cuestión «acerca de si existe o no existe un objeto llamado "deber jurídico"»[88], o lo que es lo mismo, permite detectar qué posiciones son reduccionistas. En segundo lugar, «la cuestión de, si dadas las particulares condiciones de existencia propuestas por una teoría, este objeto es concebido como ontológicamente subjetivo u objetivo»[89]. Por último,

82. Asimov, 1965, Capítulos II y III.
83. Korsgaard, 2006
84. Popper, 1979, p. 74
85. Redondo, 2018, p. 81
86. *Ibidem*.
87. *Ibidem*.
88. Redondo, 2018, p. 82
89. *Ibidem*

«en la medida en que la verdad sobre los juicios sobre los deberes jurídicos dependa o no de los sentimientos y preferencias del emisor o receptor, permite calificarlos desde un punto de vista epistémico como más o menos subjetivos u objetivos»[90].

Seguramente Redondo lleva razón a la hora de alabar la utilidad de la distinción de Searle para comprender los rasgos ontológicos y epistémicos de los deberes jurídicos. Pero al menos así expresada resulta difícil comprender en qué radica esta utilidad dado que parece generar más dudas que certezas. En primer lugar, hay que apresurarse a señalar que un enunciado como «me gustan las montañas» es ciertamente un juicio subjetivo, pero ni es un juicio epistémico ni la entidad a la que se refiere es más objetiva que las sillas, los destornilladores o los libros. Es decir, el enunciado «me gustan las montañas» expresa a lo sumo una preferencia individual sobre un concepto cultural pero no contiene ningún rasgo epistémico. Precisamente por ello Searle defiende que la realidad social es dependiente de estados mentales, mientras que la materia, o si se prefiere la realidad material (los átomos, por ejemplo), es totalmente independiente de los estados mentales. De ahí que los juicios epistémicos se refieran a las características que asociamos a esas entidades, no a las preferencias que tengan los participantes sobre ellas. En definitiva, del mismo modo que mi preferencia acerca de la masa del hidrógeno no expresa ningún juicio epistémico, tampoco lo hacen mis preferencias estéticas acerca de las montañas, los libros o los destornilladores.

En segundo lugar, y estrechamente vinculado con lo anterior, los juicios epistémicamente objetivos sobre entidades ontológicamente subjetivas tan solo cabe entenderlos aplicados a la realidad social, que como acabamos de ver es ontológicamente objetiva. Entre otras cosas porque de otro modo no podría considerarse «realidad». Lo que ocurre es que, como afirma Popper la certeza sobre esta realidad social se construye de otro modo. Es, por así decir, una certeza a efectos prácticos[91]. Ahora bien, esto implica que carece de sentido hablar de entidades ontológicamente subjetivas dado que, como ocurre con el lenguaje privado de Wittgenstein, serían incomunicables, cognoscibles solo para un individuo. Es decir, se situarían fuera de la realidad social. La pregunta relevante parece ser entonces si puede haber juicios epistémicamente objetivos de la realidad social. Me inclino a pensar que sí, pero por razones distintas a las que expone Redondo.

Ello se debe en parte a que encuentro serias dificultades para comprender cómo es posible diferenciar «la existencia de un 'objeto' (empírico o ideal) de su modo de existencia 'objetivo' o 'subjetivo'». Todo apunta a que el concepto de existencia que maneja Redondo adolece de cierta ambigüedad dado que, por una parte, hace referencia a una propiedad (ontológica) del objeto de conocimiento y, por la otra, a una epistemológica. Por seguir con los ejemplos anteriores, los juicios epistémicos acerca de la masa del oxígeno, de las sillas o de los libros, son posibles porque todos y cada uno de estos objetos

90. *Ibidem*.
91. Popper, 1979, p. 78

del conocimiento existen objetivamente. Los juicios epistémicos que podamos hacer sobre todos y cada uno de ellos no expresan nuestras preferencias, sino que describen sus propiedades. De lo contrario no son juicios epistémicos. Lo mismo que ocurre con el oxígeno, los libros, las sillas y los destornilladores, sucede con los deberes jurídicos o con las filas para adquirir entradas para el teatro, por utilizar un ejemplo de la «realidad social» que describen Searle y Redondo. Pese a que la ontología de los deberes jurídicos y de las filas es totalmente diferente a la del oxígeno, podemos afirmar que estos también existen objetivamente. Precisamente por ello es posible realizar juicios epistémicos acerca de ellos. Pero tampoco en este caso los juicios epistémicos tienen que ver con nuestras preferencias sino con las propiedades que conceptualmente atribuimos a cada uno de estos objetos de conocimiento y cuyo criterio de corrección tiene que ver, en el caso de la materia, con propiedades naturales y en el caso de las filas o los deberes jurídicos con estados mentales en la terminología de Searle o con experiencias de vida en la terminología de Popper; integrantes por cierto del mundo 2, como acabamos de ver.

Si esto es correcto, la tesis de Redondo sobre la existencia de deberes jurídicos puede verse reforzada. Pero a costa de renunciar, como acabo de decir, a la posibilidad de existencia subjetiva. La existencia de los deberes jurídicos, como cualquier otra existencia convencional, es relativa a las actitudes de los hablantes, pero no por ello ontológicamente subjetiva. Dicho de otra manera, una vez que se admite la existencia de deberes jurídicos, lo cual es esencial para el positivismo normativista, tal existencia tan solo puede ser objetiva y relativa a una práctica social y al mismo tiempo no reducible a ella. Sin embargo, esto tiene poco o nada que ver con la subjetividad de los juicios epistémicos. Que a mí me guste o no lo práctica, no se relaciona con el juicio epistémico que hago de ella. Por eso, es posible elegir entre actuar convencionalmente y actuar por convicción, porque conozco los criterios de acción de la práctica, pero prefiero actuar de acuerdo con mis convicciones, aun a sabiendas de que puedo ser reprobado por ello.

La existencia de los deberes jurídicos, así entendida, desdibuja la distinción entre los problemas ontológicos y epistemológicos, pero no la elimina por completo, como parece sugerir Leiter. Es cierto, como afirma Leiter, que los problemas acerca de la objetividad de nuestros juicios epistémicos se refieren a aquello que subjetivamente somos capaces de conocer acerca de lo que existe[92]. Es decir, solo tiene sentido dudar de la objetividad de mis juicios epistémicos acerca de un objeto si previamente se admite la existencia objetiva de ese objeto. No se entiende por ello la circularidad que denuncia Redondo en el argumento de Leiter. Más bien parece que Redondo se resiste a admitir la independencia epistémica del derecho de la que habla Leiter porque la identifica con una posición objetivista en relación con la moral. Sin embargo, la existencia ideal de los deberes jurídicos es un presupuesto básico del positivismo jurídico interno que defiende Redondo.

92. Leiter, 1993, p. 189-90

En realidad, la posición teórica que defiende Redondo es perfectamente compatible con lo que Leiter denomina «objetivismo modesto». En otras palabras, es posible admitir que los deberes jurídicos existen ideal o metafísicamente y precisamente por ello es posible realizar juicios epistémicamente objetivos sobre ellos. De ahí que la conclusión de este primer capítulo resulte ciertamente paradójica. Tan solo si se acepta la existencia metafísicamente objetiva del derecho o de los contenidos y deberes jurídicos en el sentido moderado que señala Leiter, que Redondo en principio rechaza, es posible concluir con Redondo que existen criterios independientes de la práctica de identificación de esos deberes y que sirven además como criterio de evaluación de la propia práctica jurídica.

7. CONCLUSIONES

En este artículo he tratado de analizar de forma crítica y constructiva el primer capítulo de «El positivismo jurídico "interno"» de Cristina Redondo. Tal y como dije al inicio, en este primer capítulo del libro, Redondo sienta las bases de una teoría del derecho que por su interés y originalidad está llamada a convertirse en criterio de referencia dentro del positivismo jurídico.

Como se ha podido comprobar a lo largo de estas páginas, comparto con Redondo no pocos presupuestos de su teoría del derecho que son, en lo fundamental, comunes a la concepción estándar del positivismo, pero mucho más elaborados en lo que respecta al análisis de las cuestiones ontológicas y epistemológicas del derecho.

En particular, estoy de acuerdo con Redondo en la necesidad de distinguir claramente la ontología de las normas de la práctica jurídica de aplicación. Entre otras cosas porque esto nos permite dar cuenta de las relaciones formales y de contenido que se producen entre los elementos integrantes de los sistemas jurídicos en los que, en otro lugar, denominé ejes sintáctico y semántico de la teoría analítica del derecho[93]. Ahora bien, como no podía ser de otra forma también mantengo alguna que otra discrepancia con la autora. Probablemente son discrepancias menores, pero no carentes de importancia. En este sentido considero, por ejemplo, que el concepto de validez como pertenencia es el que mejor se adecua a la posición teórica que defiende Redondo. Pero más importante que esta discrepancia que, como se podrá comprobar queda resuelta a lo largo del libro, es la divergencia que mantenemos acerca de tres cuestiones centrales en la teoría del derecho y, obviamente, también en la teoría del positivismo jurídico interno que defiende Redondo. Estas cuestiones están relacionadas entre sí y se refieren, como antes dije, al problema ontológico, al epistémico y a la delimitación de la práctica que se toma como referencia para abordar el análisis de ambos. Toda vez que Redondo toma partido por una concepción ontológica de las normas jurídicas como entidades institucionales, integrantes del mundo 3 de Popper, no queda más remedio,

93. Carrio 2012, p. 130 ss.

si se quiere ser consecuente con esta posición, que reconocer que solo cabe un conocimiento objetivo de estas entidades. Probablemente esto es también lo que pretende Redondo, pero, al menos en este primer capítulo, la preocupación por dar respuesta a la objeción escéptica sin necesidad de comprometerse por ello con el objetivismo moral, en lo que estoy completamente de acuerdo con la autora, parecen encorsetar en exceso los argumentos de Redondo. Como he tratado de mostrar en este artículo, comprender el punto de vista interno de una práctica no exige necesariamente un compromiso moral. Creo que Redondo es perfectamente consciente de ello, pero, al menos en este primer capítulo, su argumentación parece centrarse en otros intereses. Por último, la pretensión de incorporar la visión de Searle acerca de la «construcción de la realidad social» a la teoría del derecho, como parece ser ya una tradición en las teorías positivistas contemporáneas, no está exento de riesgos. En particular la visión searleana en no pocas ocasiones conduce a equívocos acerca de la objetividad ontológica y la epistemológica, como he tratado de mostrar en el epígrafe anterior.

Sea como fuere, y como siempre ocurre con las lecturas de las obras de Redondo, solo me queda, para terminar, agradecer una vez más a la autora su inmensa generosidad intelectual. La posibilidad de dialogar con ella me ha permitido repensar una vez más algunos de los problemas nucleares del positivismo jurídico y con ellos de la teoría del derecho.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Assimov, I. (1965). *A Short History of Chemistry*, New York: Anchor Books.

Agüero-SanJuan, S. (2021) «Sistema jurídico e identificación de derecho. Una posible respuesta bulyginiana a "La teoría positivista de Bulygin. Un análisis crítico" de María Cristina Redondo». *DOXA* (in print).

Bulygin, E. (1991). «Normas, proposiciones normativas y enunciados jurídicos», en Alchourrón, C. y Bulygin, E., *Análisis lógico y derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, pp. 169-193.

Bulygin, E. (1995), «Cognition and Interpretation of Law», en Gianformaggio, L., Paulson, S. (eds.), *Cognition and Interpretation of Law*, Torino, Giapichelli, pp. 11.35.

Caracciolo, R. (2009). *El derecho desde la Filosofía*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Carrio, A. (2012). *Valor de ley. Un análisis de la validez de la ley en la democracia constitucional.* Madrid: Congreso de los Diputados.

Carrio, A. (2019). «El realismo mágico. Sobre los compromisos epistemológicos del realismo jurídico genovés», en *L'Arte della distinzione. Scritti per Riccardo Guastini*, Madrid/Barcelona/Buenos Aires/Sao Paulo, pp. 507-24.

Celano, B. (2000). «Validity as Disquotation», Comanducci, P., Guastini, R. (a cura di), *Analisi e diritto*, 1999, Torino: Giappichelli.

Chiassoni, P. (2000). «Interpretive Games: Statutory Construction Trough Gricean Eyes», en Comanducci, P., Guastini, R. (a cura di), *Analisi e diritto*, 1999, Torino: Giappichelli, pp 79-99.

Guastini, R. (1992). *Dalle fonti alle norme*. Torino, Giuffrè, 2.ª
Guastini, R. (2001). ««Sollsätze». An Exercise in Hard Legal Positivism», en Chiassoni, P (ed.), *The Legal Ought*, Torino: Giappichelli, pp. 103-106.
Guastini, R (2012). «El escepticismo ante las reglas replanteado», trad. de Federico Arena, en Discusiones (11), pp. 27-57.
Hart, H.L.A. (1994). *The Concept of Law*, Oxford: Oxford University Press, 1994, 2a.
Kelsen, H (1960). *Teoría pura del Derecho*, trad. esp., por la que se cita, de Reine Rechtslehre, a cargo de Vernengo, R., J, Mexico, Porrúa, 2000, 11.ª
Korsgaard, C. M (2006). «Morality and the Distinctiveness of Human Action.» en De Waal, *Primates and Philosophers: How Morality Evolved*. Edited by Stephen Macedo and Josiah Ober. Princeton, NJ: Princeton University Press.
Leiter, B. (1993). «Objectivity and Problems of Jurisprudence», en *Texas Law Review*, 72 (1), pp. 187-209.
Moreso, J.J. (1997). *La indeterminación del derecho y la interpretación de la constitución*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
Moreso, J.J y Redondo, M.C. (2007). *Un diálogo con la teoría del derecho de Eugenio Bulygin*, Madrid/Barcelona/Buenos Aires. Marcial Pons.
Martínez Zorrilla, D., (2019). «La decisión judicial automatizada. Entre la ciencia y la ficción», en Vidal-Dumas, M., y Martínez Zorrilla (Coords.), *Pensando al juez*, Madrid/Barcelona/Buenos Aires/Sao Paolo: Marcial Pons., pp. 152-172.
Mazzarese, T. (1991). «Norm preposition: Epistemic and Semantic Queries» en Rechtheorie (22), pp. 39-70.
Mazzarese, T. (1999). «Norm Proposition». A Tentative Defense of a Sceptical View». Edigi, R (ed.), *In Search of a New Humanism. The Philosophy of Georg Henrik von Wright.*, Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 193-204.
Moreso, J.J. (2011). «Significado, interpretación y proposiciones normativas. Apuntes para un debate», en en Ferrer, J., Ratti, G. (eds.), *El realismo jurídico genovés*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Marcial Pons, pp. 41-50.
Pike, K. L. (1967). *Etic and emic standpoints for the description of behavior.* In K. L. Pike, *Language in relation to a unified theory of the structure of human behavior* (p. 37-72). Mouton & Co.. https://doi.org/10.1037/14786-002.
Popper, K. (1979). *Objective knowledge. An evolutionary approach*. Oxford, Clarendon Press.
Ramírez-Ludeña, L. (2021) «La imposibilidad del positivismo jurídico interno». *DOXA* (in print).
Raz, J. (2001). «Notes on Value and Objectivity», en Leiter, B. (ed.), Objectivity in Law and Morals. Cambridge: Cambridge Universtiy Press.
Redondo, M.C., (2018). *Positivismo jurídico «interno»*, Ljubljana, Revus.
Searle, J. (1995). *The Construction of Social Reality*. London: Penguin Books.
Tarello, G. (1980). *L'interpretatzione della legge*, Milano: Giuffrè.

Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, (2022), *45*
e-ISSN: 2386-4702 | ISSN: 0214-8676

Los problemas epistemológicos de las reglas genuinas en «Positivismo jurídico 'interno'» de María Cristina Redondo

The Epistemological Problems of Genuine Rules in María Cristina Redondo's «'Internal' Legal Positivism»

Alba Lojo*

Autor:
Alba Lojo
Universitat Pompeu Fabra, España.
alba.lojo@upf.edu
https://orcid.org/0000-0001-8637-4094

Recibido: 1-5-2021
Aceptado: 16-11-2021

Citar como:
Lojo, Alba (2022). Los problemas epistemológicos de las reglas genuinas en «Positivismo jurídico 'interno'» de María Cristina Redondo Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, *45*, pp. 523-547. https://doi.org/10.14198/DOXA2022.45.19

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

© Alba Lojo

Resumen

En el presente trabajo analizo la propuesta de reglas «genuinas» que Redondo presenta en el capítulo segundo de su obra *Positivismo jurídico 'interno'*. En primer lugar, examino las condiciones de adecuación que las reglas «genuinas» deben cumplir y las interpreto a la luz de la cláusula *That's it* de Holton. En segundo lugar, defiendo que esta reinterpretación permite confirmar la respuesta que Redondo ofrece a lo que llama «la objeción epistémica» contra las reglas genuinas. En tercer lugar, presento la paradoja del seguimiento de reglas de Wittgenstein y el problema epistémico que supone para la teoría de Redondo. Por último, sugiero que la interpretación de García-Carpintero de la teoría del significado de Wittgenstein puede ser una solución compatible con el concepto de reglas «genuinas» de Redondo.

Palabras clave: positivismo jurídico interno; reglas; normatividad del derecho; particularismo; seguimiento de reglas.

Abstract

In this paper, I analyse the account of «genuine» rules that Redondo presents in the second chapter of her book *«Internal» legal positivism*. Firstly, I examine the adequacy conditions of genuine rules by interpreting them in the

* Quiero agradecer los comentarios recibidos de Jorge Baquerizo, Osvaldo de la Fuente C., Victoria Kristan, Jose Juan Moreso, Lorena Ramírez-Ludeña, Josep María Vilajosana y dos revisores/as anónimos/as a versiones previas de este trabajo. También la paciencia e incasable apoyo de todos los colegas que han acompañado la elaboración y desarrollo de este trabajo, desde los debates y presentaciones en el *reading group* hasta esta publicación. Muy especialmente me dirijo a José Juan Moreso, Lorena Ramírez-Ludeña y a María Cristina Redondo, sin los cuales este proyecto no hubiera podido ser llevado a cabo. Este trabajo ha sido realizado gracias a la ayuda BES-2017-081308 y a los proyectos DER2016-80471-C2-1-R y DER2016-80471-C2-2-R del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad de España.

light of the *that's it* clause proposed by Holton. Secondly, I defend that my interpretation allows confirming Redondo's answer against «the epistemological objection» of genuine rules. Thirdly, I present the rule-following paradox detected by Wittgenstein and explain why it is an epistemological problem for Redondo's theory. Finally, I suggest García-Carpintero's interpretation of Wittgenstein's theory of meaning as a solution compatible with Redondo's theory of genuine rules.

Keywords: internal legal positivism; rules; legal normativity; defeasibility; rule-following.

1. INTRODUCCIÓN: «LAS NORMAS EN LA PERSPECTIVA DEL POSITIVISMO JURÍDICO»

El capítulo segundo del libro «Positivismo jurídico 'interno'» supone un posicionamiento de la autora ante el debate acerca de cómo el derecho guía la conducta, fundamental especialmente para aquellos teóricos que defienden una aproximación normativista al derecho. En concreto, Redondo profundiza en cómo se generan las denominadas reglas «genuinas» en el derecho, y bajo qué circunstancias puede el positivismo jurídico aceptar que tales reglas genuinas guían el comportamiento.

En el presente trabajo me centraré en discutir la propuesta de reglas genuinas en tanto razones lógico-lingüísticas que la autora defiende y, muy especialmente, me detendré a examinar los problemas epistémicos que tiene que afrontar. Para ello profundizaré en su propuesta, recurriendo a la claúsula *that's it* de R. Holton con la finalidad de clarificar posibles dificultades y críticas clásicas como la particularista. Además, mostraré cómo (i) la propuesta de Redondo efectivamente responde a la «objeción epistémica», tal y como es caracterizada por la autora, pero (ii) ello no le permita resolver otra cuestión epistemológica fundamental como es el problema del seguimiento de reglas de L. Wittgenstein.

El trabajo está organizado de la siguiente manera. En la segunda sección, presentaré la propuesta de reglas genuinas sostenida por Redondo. Para ello explicaré en qué consiste la tesis de la autora y cómo y por qué es posible mejorarla con el modelo de Holton. En la tercera sección, examinaré la capacidad explicativa de su propuesta a través de una distinción clave entre aquello que llamaré el problema de las excepciones (al que se aferra la crítica particularista) y el problema de la interpretación. En la cuarta sección de este trabajo, profundizaré en el problema del seguimiento de reglas, tal y como fue expuesto por Wittgenstein, y examinaré las posibles respuestas que la autora podría ofrecer sobre la base de su propuesta. Finalmente, en la sección quinta, presentaré las conclusiones.

2. LAS RAZONES LÓGICO-LINGÜÍSTICAS DE LAS REGLAS «GENUINAS»

En la presente sección presentaré las ideas centrales del capítulo segundo del libro «Positivismo jurídico 'interno'». El principal objetivo de la autora en este capítulo es defender una interpretación del concepto de reglas o normas genuinas que le permita responder a la objeción epistémica y a la objeción justificativa o particularista, dentro del marco teórico del positivismo jurídico.

2.1. Las reglas genuinas y sus críticas

Nada más empezar la lectura, Redondo nos ofrece una amplia definición de regla o norma genuina, como aquella consideración normativa que, de manera necesaria, «es *invariablemente relevante*, *de un modo característico*, en el razonamiento en el que se toma una decisión sobre el estatus deóntico de una determinada acción o situación» (2018, p. 96, la cursiva es mía). En otras palabras, si un enunciado normativo es aquel que establece una relación entre un caso y una propiedad normativa, estaremos ante una regla genuina cuando esta relación sea lo suficientemente fuerte como para que, si se dan las propiedades del caso, se den las propiedades normativas. ¿Cómo identificar, entonces, esta fuerza o relevancia en el enunciado normativo? No será a través de su significado ni de la intención del hablante: su peso en el razonamiento será una consideración subjetiva por parte de aquel que haga uso de reglas genuinas en el procedimiento de toma de decisión (Redondo, 2018, p. 97).

Redondo ya había caracterizado previamente a las reglas genuinas como un tipo especial de razones para la acción: aquellas que evitan la reconsideración de otras razones dentro de un razonamiento práctico basado en modelos de decisión racional[1] (1998, pp. 245-246; Moreso, Navarro y Redondo, 2001, p. 102). En esta ocasión, comienza su análisis investigando las consecuencias de considerar que las reglas genuinas son razones sustantivas para la acción.

En general, las razones sustantivas para la acción aportan peso o fuerza[2], a favor o en contra, del deber o permisión de realizar una acción en el proceso psicológico al que los sujetos someten sus decisiones racionales (Moreso, Navarro y Redondo,

1. La evaluación de las razones para la acción puede darse siguiendo dos criterios de racionalidad: el modelo de balance de razones, defendido por el particularismo, y el modelo del seguimiento de reglas, propio del universalismo. En el primer caso una razón prevalece sobre otras si su contenido es de mayor peso que el de las razones con las que se confronta, y ello dependerá de su caracterización como razones *prima facie*, absolutas, concluyentes y excluyentes (lo que a su vez depende de consideraciones normativas). En el segundo caso, se toma una decisión en un momento concreto respecto a cómo actuar en situaciones futuras y con el resultado se adopta una razón excluyente que actuará como razón única cuando se den las circunstancias de actuación (Moreso, Navarro y Redondo, 2001, pp. 93-100).
2. Una razón tendrá mayor o menor influencia para obtener una determinada conclusión según las preferencias o compromisos normativos del sujeto racional.

2001, pp. 93-100)[3]. Ello da lugar a que, en determinadas ocasiones, algunas razones sean *invariablemente relevante* [s], *de un modo característico* (las razones excluyentes[4] y las absolutas[5]) y otras, en cambio, sean *derrotadas* por razones de mayor peso (según consideraciones normativas) que indican cual es la decisión racional (por ejemplo, las razones *prima facie*[6]). Por ejemplo, si yo adquirí el compromiso de ayudar a toda persona que necesite ayuda, según mis consideraciones normativas este compromiso podrá tener el valor de razón excluyente si, siempre y en cualquier caso, cumplo con mi compromiso. En cambio, este compromiso tendrá la consideración de razón *prima facie* si pueden darse otras razones que compitan en el balance como, por ejemplo, que la realización de la acción no dañe mis intereses.

No obstante, la propuesta de reglas o normas genuinas de Redondo da lugar a dos importantes objeciones: la epistemológica y la justificativa. Por un lado, la objeción epistemológica alude a que:

> aun cuando existe la posibilidad innegable de que los enunciados normativos sean aceptados como reglas 'genuinas', en la medida en que para detectar las actitudes de los agentes decisores recurramos a su propio discurso, es altamente problemático conocer cuándo, efectivamente, los tratan como tales.
>
> (2018, p. 100)

Es decir, las reglas genuinas, entendidas como razones sustantivas, tienen que enfrentarse a la dificultad práctica de conocer cuándo un enunciado normativo ha sido considerado inderrotable en el razonamiento del sujeto decisor, debido a la imposibilidad de acceder a sus estados mentales y procesos psicológicos[7]. Por otro lado, la objeción justificativa consiste en apuntar que el hecho de que un usuario emplee reglas genuinas, tal y como han sido definidas, es un acto que carece de justificación racional pues no puede haber razones sustantivas *invariablemente relevantes:* su relevancia solo podrá ser conocida tras haberlas contrapuesto con otras razones en el proceso de deliberación racional. Así, esta crítica sigue el modelo de toma de decisiones típicamente particularista: una decisión está racionalmente justificada si el individuo evalúa todas las razones que están

3. El objetivo del proceso de decisión racional será, por tanto, obtener una decisión justificada según nuestras razones sustantivas de mayor jerarquía.
4. Las razones excluyentes evitan evaluar otras razones en juego y serán siempre ganadoras cuando se utiliza como criterio de racionalidad el seguimiento de reglas. Véase Raz, 1999, pp. 58-59.
5. Si, en cambio, utilizamos el modelo del balance de razones, las razones inderrotables serán las razones absolutas (insuperables, que deben prevalecer y que no son derrotables por ninguna otra razón) (Moreso, Navarro y Redondo, 2001, pp. 97-98).
6. Razones susceptibles de ser derrotadas en el balance respectivo, dependiendo del peso relativo de las razones con las que compiten (Moreso, Navarro y Redondo, 2000, pp. 93-100).
7. La autora profundiza afirmando que no podemos llegar a conocer, siquiera, si ésta regla ha sido considerada y derrotada por otras razones de mayor peso, o si directamente no ha sido tenida en consideración, por ejemplo, en virtud del desplazamiento de su aplicabilidad interna (Redondo, 2018, pp. 101;131), la cual refiere a aquellas situaciones en las que el propio derecho autoriza a que la norma jurídica sea desplazada por excepciones recogidas en otras pautas jurídicas (Moreso, Navarro y Redondo, 2001, p. 93-100). Como consecuencia, dicha regla no podría ser considerada genuina en ningún caso.

a su alcance y que tienen pertinencia con la situación sobre la que debe decidir en esa ocasión (Redondo, 2018, p. 120).

2.2. La propuesta de reglas genuinas de Redondo

Sin embargo, Redondo considera que las reglas genuinas pueden entenderse, exclusivamente, en un sentido lingüístico-formal, dejando de lado el sentido sustantivo que las encuadraba como razones excluyentes o absolutas. Así, ciertos enunciados lingüísticos pueden ser considerados reglas genuinas de un sistema jurídico siempre y cuando sean entendidas en clave de razones formales o lógico-lingüísticas. En este sentido, tales enunciados podrán ser *invariablemente relevantes*, *de un modo característico*, en la toma de decisiones si cumplen con dos condiciones de adecuación (Redondo, 2018, pp. 128-29):

1) Que el enunciado normativo sea interpretado como un condicional universal estricto, es decir, como un condicional lógicamente inderrotable; y
2) Que quien invoca una consideración normativa general como justificación de una decisión acepte cierto «compromiso pragmático»: que tenga invariablemente en cuenta la misma razón en todos los casos individuales que caen en su alcance o, en caso contrario, explicite las razones por las que no se la tiene en cuenta.

La primera consideración se refiere a las características de la relación que se da entre el caso y la propiedad normativa en el enunciado normativo que actúa como regla genuina. El usuario deberá interpretarlo como un condicional estricto, es decir, como la necesidad de la relación de suficiencia: que se den las propiedades del caso recogidas en el antecedente es lógicamente suficiente para que se den las propiedades normativas recogidas en el consecuente, de modo tal que $(x)\ Cx \rightarrow Nx$. Independientemente de la consideración del enunciado normativo en el razonamiento práctico (que se trate de razones sustantivas superables, insuperables o carentes de fuerza), una regla genuina permitirá obtener una conclusión deóntica siempre y cuando la razón-premisa sea interpretada como lógicamente inderrotable (Redondo, 2018, p. 105). Presupone, «que podemos distinguir lo que nos exige la norma de lo que nos exigen otras razones (y ello está garantizado por la autonomía semántica de la norma)» (Redondo, 2018, p. 128).

La segunda consideración intenta mostrar que el rasgo formal propio de la primera consideración produce un efecto práctico: genera expectativas de un uso invariable de la consideración normativa y de que en caso contrario se aduzcan razones claras. Es decir, si la norma se ha interpretado de una manera, ello genera una expectativa práctica por los usuarios del lenguaje de que lo mismo sucederá en todas aquellas situaciones que caen bajo su alcance general. Esta expectativa atiende a nuestras prácticas lingüísticas habituales, y se explica sobre la base de la generalidad de la norma.

Parece, por tanto, que existe cierta tensión entre las dos condiciones de adecuación antes mencionadas: por un lado, se nos exige la interpretación de la norma como condicional inderrotable (excluyendo la relevancia de toda propiedad que no esté expresamente prevista en su antecedente) pero, por otro, se reconoce que, en ocasiones, se puede aplicar de manera diversa siempre y cuando se den razones para ello (a pesar de la expectativa que existía). Una forma interesante y clara de entender la conjunción de estas condiciones podemos encontrarla en la fórmula *That's it* del filósofo R. Holton (2011).

2.3. La propuesta de reglas genuinas a la luz del modelo *That's it* de Holton

Holton propone un modelo que nos permite explicar por qué en ciertas ocasiones se dan factores, no necesariamente mencionados en la regla, que distinguen su aplicación en un caso y no en otros (Holton, 2011, p. 165). Esto es, el autor responde al problema de cómo explicar las excepciones *que forman parte de la relación universal con condicional estricto* sin caer en una lista infinita de posibles excepciones a la regla que anularían su carácter inderrotable[8]. Su propuesta consiste, básicamente, en establecer una cláusula de limitación de las excepciones posibles a una regla, con base en la adecuación de las propiedades normativas y fácticas al caso.

El razonamiento de Holton comienza por aceptar, en primer lugar, la posibilidad de sustitución de enunciados. Así, dice:

> Un conjunto de enunciados $\{F_1a, F_2a,\ldots F_ma\}$ y una conclusión F_va son sustituidas por otro conjunto de enunciados $\{G_1a, G_2a,\ldots G_na\}$ y una conclusión G_va si y solo si:
>
> i. $(G_1a \,\&\, G_2a \,\&\ldots\, \&\, G_na)$ implica $(F_1a \,\&\, F_2a \,\&\ldots\, \&\, F_ma)$, pero no viceversa;
> ii. G_va es incompatible con F_va[9].

En segundo lugar, amplía su comprensión de la sustitución a posibles argumentos jurídicos, los cuales estarían formados por premisas, normas jurídicas formuladas como cuantificadores universales condicionales y una conclusión deóntica a la que llegan a través de un *modus ponens*. Así, afirma:

> Un argumento jurídico de la forma
> F_1a
> $F_2a,\ldots$

8. Como encuadra Duarte d'Almeida (2014), la propuesta de Holton busca posicionarse como una alternativa tanto a las posiciones que defienden la estrategia «no deductivista», que proponen una lógica no monotónica que explique la justificación de las decisiones judiciales, como a las posiciones «incorporacionistas», que defienden incluir todas las excepciones posibles en el antecedente de la norma y así poder seguir una lógica deductiva.
9. Al leer este razonamiento y sus condiciones es importante tener presente la independencia entre los conjuntos de enunciados y sus respectivas conclusiones, pues su unificación nos llevaría a un absurdo (2011, p. 168, la traducción es mía).

$F_m a$
$\forall x\ ([F_1 x\ \&\ F_2 x\ \&\ldots\ \&\ F_m x] \rightarrow F_v x)$

$F_v a$
es sustituido por un argumento jurídico de la forma
$G_1 a$
$G_2 a\ldots$
$G_n a$
$\forall x\ ([G_1 x\ \&\ G_2 x\ \&\ldots\ \&\ G_n x] \rightarrow G_v x)$

$G_v a$
Si y solo si el conjunto de premisas no cuantificadas y la conclusión del primer argumento son sustituidos por el conjunto de premisas no cuantificadas y la conclusión del segundo argumento (2011, p. 169, la traducción es mía).

Por último, Holton desarrolla la idea *hartiana* de la cláusula «a menos que»[10] a través de la condición *That's it*, la cual sirve de elemento limitador a la sucesión infinita de argumentos que podrían actuar como sustitutos. La define como «no hay argumentos jurídicos sólidos [válidos y con premisas verdaderas] que puedan sustituir este argumento» (2011, pp. 169, 171; la traducción es mía)[11]. Así, por ejemplo, tenemos un argumento jurídico limitado si nuestra única premisa (fáctica) verdadera es P1:

P1 A mató a un ser humano
P2 ∀x ([x mató a un ser humano + *that's it*] → x es culpable de asesinato)
P3 *that's it*
P4 A es culpable de asesinato

Sin embargo, si añadiéramos la premisa fáctica verdadera «A mató bajo legítima defensa», la claúsula *that's it* permitiría incluir un nuevo argumento jurídico que ejercería como sustituto del anterior y nos llevaría a un resultado deóntico opuesto. Así,

P1 A mató a un ser humano
P2 A mató en legítima defensa
P3 ∀x ([x mató a un ser humano + x mató en legítima defensa + *that's it*] → x *no* es culpable de asesinato)
P4 *that's it*
P5 A *no* es culpable de asesinato

10. Esta cláusula representa el salvoconducto que Hart utiliza para manifestar la posibilidad de excepciones implícitas en la aplicación o seguimiento de una regla, en concreto, de la regla de cumplir las promesas (1961, pp. 173-174). Siempre que se de alguna situación que siga a dicha cláusula, por ejemplo, cometer un daño mayor, no se seguirá o aplicará la regla aun cuando se satisfagan las propiedades exigidas por la misma.
11. El término validez refiere a adecuación a las reglas de la lógica deductiva y con premisas verdaderas incluye tanto a las normativas (que expongan reglas jurídicas aplicables) como a las fácticas (relativas a los hechos fácticos propios del caso).

Por tanto, la condición *that's it* nos permite limitar el número de argumentos válidos que se desarrollan como excepción a la regla principal en base a la veracidad de las premisas fácticas aducidas (que conllevan nuevas premisas normativas). En el caso anterior, sólo aceptamos la excepción de la legítima defensa y su consecuencia deóntica de *no* considerar asesino a aquel sujeto que haya matado en legítima defensa, si es el caso de que efectivamente A mató en legítima defensa, es decir, si la realidad es acorde a las propiedades fácticas establecidas por la excepción[12].

Llegados a este punto, ¿cómo nos ayuda la tesis de Holton a nivel explicativo? A mi modo de ver, su sistema de inclusión de las excepciones nos sirve para entender la conjugación entre la primera y la segunda condición de adecuación exigidas por la concepción de las reglas genuinas en el derecho de Redondo. El sujeto que sigue una regla genuina deberá interpretar, por ejemplo, la regla que condena la comisión de asesinatos de modo tal que: ∀x ([x mató a un ser humano + *that's it*] → x es culpable de asesinato). Ello le permitirá tanto mantener una interpretación de la norma como inderrotable (condición 1), como aceptar el compromiso pragmático (condición 2). Así, para cumplir con la condición 1, que se den las propiedades del antecedente es lógicamente suficiente para que se den las propiedades normativas recogidas en el consecuente y, para cumplir con la condición 2, la condición *That's it* permite explicitar las razones por las que la regla se adecuó, o no, a las expectativas: por ejemplo, en el caso de la excepción de legítima defensa, hay un argumento jurídico válido con premisas verdaderas que permite sustituir el argumento derivado de la regla y llegar a la conclusión deóntica contraria (x no es culpable de asesinato). Más adelante veremos con otro ejemplo más extendido cómo la tesis de sustitución de argumentos jurídicos junto a la cláusula *that's it* permite utilizar la norma jurídica como regla genuina y adaptar su conclusión deóntica según las premisas fácticas del caso.

Sin embargo, antes de continuar con el análisis de su teoría, y para finalizar este primer apartado de presentación y explicación de su modelo, es importante remarcar el marco teórico en que Redondo engloba su propuesta de reglas genuinas, así como las consecuencias que de ello se derivan.

2.4. Marco y consecuencias de la propuesta de Redondo

Redondo detalla su propuesta de reglas genuinas en el derecho y la encuadra en un determinado marco positivista (2018, pp. 125-127). En primer lugar, se aparta del positivismo ideológico al negar la opción de que el derecho guíe conductas a través de reglas que contengan razones sustantivas objetivas. En segundo lugar, considera posible, desde una perspectiva positivista, que las reglas jurídicas contengan razones sustantivas

12. Una estrategia similar es la presentada por Alchourrón (1996, pp.8-10) con la figura del operador de revisión del antecedente. Gracias a uno/a de los/las dos revisores/as anónimos/as por mostrarme este interesante paralelismo.

subjetivas, en relación con la guía de comportamiento invariablemente relevante que supone la regla de reconocimiento para los operadores jurídicos. En este sentido, excluye que, si las reglas jurídicas contienen razones sustantivas subjetivas, afecten a los ciudadanos pues «[d]e lo contrario, se haría necesario admitir que el derecho a través de sus reglas busca gobernar no sólo las conductas de los ciudadanos sino también sus razonamientos» (2018, p. 126). Estas dos concreciones anteriores, la llevan a reafirmar su tesis sobre las reglas genuinas en tanto razones formales que guían la actuación: los enunciados normativos son consideraciones que merecen un peso en el razonamiento práctico justificativo entendido en un sentido lingüístico o formal (2018, p. 128). Es decir, a través de razonamientos jurídicos, como el propuesto por Holton, donde el objetivo es preservar la validez lógica a través de las relaciones que se dan entre las premisas del razonamiento (Moreso, Navarro y Redondo, 2001, pp. 93-100).

Así, la autora propone una reconstrucción del concepto de normatividad específicamente jurídico, en la que el derecho pretende controlar conductas por medio de normas genuinas, entendidas como razones-premisas que exigen responder por la expectativa práctica que la generalidad de la norma produce (2018, pp. 95,135). Esta normatividad lingüística-formal jugará un papel esencial, por tanto, en la identificación de las normas aplicables al caso.

Sin embargo, esta posición no implica la negación de la posibilidad de que el derecho guíe conductas por medio de razones sustantivas, siempre y cuando se asuma que la derrotabilidad lógica es incompatible con el hecho de que un enunciado se considere expresión de una razón para la acción (2018, p. 107). Consecuentemente, si tratamos a los enunciados normativos como reglas genuinas y, por tanto, como condicionales inderrotables según la definición de Redondo, cabe la posibilidad de considerarlos también como razones sustantivas para la acción en el posible balance de razones que los operadores jurídicos realicen en la fase de aplicación[13]. Por el contrario, que un enunciado jurídico sea considerado como una razón superable o incluso carente de fuerza desde el punto de vista de las razones sustantivas para la acción, no afecta a su estatus de razón-premisa, de condicional lógicamente inderrotable que permita obtener una conclusión normativa a partir de ella (2018, p. 105)[14].

13. Redondo no niega que las razones sustantivas jueguen un papel relevante en el derecho: únicamente indica que «la tesis del carácter excluyente [de razones sustantivas] se aplica en el momento de identificación de las normas y no significa sostener que ellas merezcan aplicarse, o de hecho se apliquen, excluyendo otras razones» (2018, p. 135). En cambio, para dar cuenta de reglas genuinas, solo se exige su seguimiento en tanto razón-premisa, cuando sea aplicable (condición 1) y mostrar las razones (fácticas) que nieguen su aplicación en caso contrario (condición 2).

14. Así, para Redondo, una misma norma puede actuar en el razonamiento práctico tanto como razón lógico-lingüística, en el plano de la justificación formal, como razón sustantiva, en el plano de la justificación sustantiva propia del balance de razones. Sin embargo, su principal interés es precisamente mostrar su distinción y las consecuencias que ello genera para el positivismo jurídico. Por consiguiente, afirma «[e]n la teoría jurídica, lamentablemente, la atribución de la característica de la inderrotabilidad lógica a los enunciados normativos, que, dicho sea de paso, cuenta con argumentos contundentes a su favor en virtud de la capacidad inferencial a la que está unida, no está suficientemente distinguida

3. NUEVAS SOLUCIONES, NUEVOS PROBLEMAS

Una vez presentadas y explicadas las principales características del modelo de reglas genuinas propuesto por Redondo, considerando el marco positivista en el que se ubica y las críticas que pretende desmontar, en el presente apartado profundizaré en la objeción epistemológica. En primer lugar, presentaré la respuesta que el modelo de reglas genuinas como razones formales ofrece a esta crítica. En segundo lugar, realizaré una importante distinción conceptual entre el problema de las excepciones y el problema de la interpretación, y mostraré, gracias al análisis del esquema de Holton, cómo Redondo ofrece respuesta al primero sin que ello le comprometa con el segundo. Ello me llevará a concluir que, a pesar de que el modelo de reglas genuinas confronta la objeción epistemológica, tal y como la autora la presenta, ello no le asegura solventar todos los problemas epistémicos asociados a su modelo como, por ejemplo, el problema del seguimiento de reglas.

3.1. La objeción epistemológica a las reglas genuinas y la solución de Redondo

Como he explicado en la sección 2.1, Redondo se refiere a la objeción epistemológica como aquella dificultad práctica de acceder a los estados mentales o procesos psicológicos de los sujetos que hagan uso de reglas genuinas en tanto razones excluyentes. Es decir, de individuos que renuncien a evaluar el resto de razones sustantivas que pueden justificar la toma de decisiones en el balance de razones propio de su razonamiento práctico[15].

Ante este problema, Redondo considera que su modelo de reglas genuinas como razones lógico-lingüísticas evita la falta de acceso epistemológico. Así, mientras que no hay un *test* para comprobar si un enunciado normativo ha sido tratado como una razón sustantiva para la acción derrotable (*prima facie*) o si éste ha carecido totalmente de fuerza normativa (2018, pp. 100, 107), Redondo considera que sí tenemos un *test*, en cambio, para saber si un enunciado jurídico ha sido interpretado como condicional inderrotable (2018, p. 106): a través del examen de los argumentos justificativos (jurídicos) utilizados en una determinada ocasión de decisión (2018, p. 131). En concreto, propongo caracterizar este *test* como una justificación interna de la decisión judicial[16].

de la inderrotabilidad o insuperabilidad de los mismos en tanto expresión de razones para la acción, y que, sólo un positivista ideológico extremo podría defender» (2018, p. 107).

15. No voy a entrar en el trasfondo de la crítica. Sin embargo, Monti (2020) sí lo hace considerando, por un lado, que «no está claro por qué sería un problema que fuera epistémicamente imposible determinar si los individuos actúan o no como el derecho pretende que lo hagan» y, por otro, que «es simplemente falso que sea epistémicamente imposible determinar si alguien acepta una regla como razón o no» (a través, por ejemplo, de las actuaciones o motivaciones del agente).

16. Podemos distinguir entre justificación interna y justificación externa de la decisión judicial. La primera refiere a la validez lógica de las inferencias que llevan de las premisas a la conclusión, es decir, permite comprobar si la decisión se sigue lógicamente de las premisas. Así, una decisión individual del juez

Ésta permitirá verificar si la generalización ha funcionado como exige la teoría de las reglas genuinas de Redondo. En otras palabras, mostrará si las razones formales derivadas del enunciado normativo interpretado han actuado efectivamente como premisas del discurso justificativo.

Pareciera entonces que Redondo consigue evitar la objeción epistemológica con su propuesta de comprensión de las reglas genuinas como razones formales, y las posibilidades de «control» que éstas ofrecen. Pero, para *saber* si, efectivamente, los enunciados jurídicos han sido empleados como reglas genuinas, primero tenemos que *saber* si es posible la interpretación de una regla como formalmente inderrotable y si, además, es posible determinar el contenido de ésta para que sea efectivamente seguida. En otras palabras, conviene primero aclarar dos problemas *conceptualmente distintos* a los que las reglas genuinas y sus usuarios se tienen que enfrentar: por un lado, a la posibilidad de que existan enunciados normativos que actúen como razones inderrotables y, por otro lado, a la posibilidad de determinación de la extensión del antecedente del enunciado normativo. En lo siguiente, distinguiré estos dos problemas nombrándolos, respectivamente, como «el problema de las excepciones» y «el problema de la interpretación».

3.2. La distinción entre excepciones e interpretación

Por un lado, tenemos «el problema de las excepciones». Este problema sigue otra de las principales críticas particularistas, en esta ocasión, respecto a la posibilidad misma de existencia de las reglas genuinas. Como dice Redondo, los particularistas parten de la afirmación de que

> respecto de cualquier aparente regla se puede mostrar algún contexto en el cual, a pesar de la presencia de sus condiciones de aplicación, los agentes consideran que no se sigue la consecuencia normativa establecida por ella: las propiedades que conforme a la pauta serían relevantes, en realidad no lo son. […]. Siempre podemos encontrar un caso nuevo al que no estamos dispuestos a aplicar la pauta general, y que puede incluirse como una excepción. (2018, p. 98)

Es decir, consideran que todos los enunciados normativos son derrotables y, consecuentemente, no se pueden producir derivaciones válidas a través de un *Modus Ponens.* Esta tesis también es conocida como «la tesis fuerte de la derrotabilidad» (Araszkiewicz, 2015, p. 420; Schauer, 1991, p. 232) que, al margen de la derrotabilidad derivada de

estará internamente justificada en la medida que pueda reconstruirse como una conclusión obtenida deductivamente partir de las normas jurídicas aplicadas. La justificación externa, en cambio, busca demostrar la corrección de las premisas de la justificación interna (que se trate de reglas de derecho positivo vigente, que las premisas fácticas sean verdaderas, etc.). Con base en la justificación interna de la decisión judicial podremos conocer si las razones formales de las reglas genuinas han actuado como premisas que justifiquen la conclusión. Véase: Alexy, R. (1989), Wroblewski, J. (1974).

los problemas epistémicos o procesales propios de un sistema jurídico[17], sostiene que siempre es posible formular una razón que conduzca a la conclusión deóntica contraria a la indicada en el enunciado normativo. Un ejemplo clásico del problema lo da Hart (1961, p. 173-174) cuando quiere seguir la regla de cumplir las promesas pero, en el caso concreto, cumplirla implica desatender a una persona seriamente enferma. Con esta situación trata de mostrar como muchas reglas contienen excepciones implícitas y, por lo tanto, no permiten realizar una deducción simple (y tratarlas como inderrotables)[18].

Redondo desmonta esta crítica indicando que la apreciación relativa a la posibilidad de excepciones implícitas muestra un rasgo contingente pero no necesario si entendemos las reglas como razones sustantivas para la acción, pues siempre puede haber un usuario cuyo parámetro de racionalidad se refleje a través del seguimiento de reglas (2018, p. 99), y que, consecuentemente, considere más racional seguir la razón previamente aceptada como excluyente, antes que abrir un balance de razones.

Pero, además, y esta es la respuesta que nos interesa, también la desmonta a través de su propuesta de análisis de las reglas genuinas en tanto razones lógico-formales, reconstruidas a partir de las dos condiciones de adecuación vistas, pues nos permite afirmar la posibilidad de que existen enunciados normativos que actúan como razones inderrotables. Si, adicionalmente, reconstruimos su propuesta incluyendo la cláusula *that's it* de Holton[19] como parte de la justificación interna de la decisión judicial, podemos *saber* si el juez ha interpretado la regla como una relación de universalidad en la cual el antecedente (premisas fácticas + *that's it*: no hay argumentos jurídicos válidos con premisas verdaderas) es condición suficiente para la aplicación del consecuente (consecuencia deóntica de la acción). También *sabremos* si ha actuado como regla genuina en el caso opuesto: no se ha aplicado la consecuencia deóntica esperada, a pesar de la confluencia de las premisas fácticas iniciales, por no darse la cláusula *that's it* del argumento inicial (es decir, sí se han dado argumentos jurídicos válidos con premisas verdaderas que han actuado como sustitutos y han modificado la consecuencia deóntica)[20].

17. Para una distinción clara de los tres tipos de derrotabilidad que pueden darse en un sistema jurídico, y que han sido utilizados en los debates acerca de la derrotabilidad, ver Araszkiewicz (2015, p. 419-421).
18. Lo cual, para Hart, no significa que por ello deje de guiar nuestra actuación en el resto de situaciones posibles: «una regla que concluye con la expresión 'a menos que…' sigue siendo una regla» (1961, p. 174).
19. Recordemos que la cláusula *That's it* sirve de elemento limitador a la sucesión infinita de argumentos que podrían actuar como sustitutos y es definida como como «no hay argumentos jurídicos sólidos [válidos y con premisas verdaderas] que puedan sustituir este argumento» (2011, pp. 169, 171; la traducción es mía).
20. Una posible réplica a mi reconstrucción de la teoría de las reglas genuinas de Redondo a la luz de la claúsula *that's it* de Holton sería considerar que la inclusión de esta cláusula sigue la corriente incorporacionista (al incluir la ausencia de excepciones como parte del antecedente de la regla) y mantiene el problema enunciado por el particularismo respecto a la lista interminable de excepciones. Véase, en este sentido, la exposición de Duarte d'Almeida (2014). Sin embargo, la cláusula *that's it* nos permite mantener la relación de universalidad y cumplir así con la característica básica de la inderrotabilidad «la regla 'SI [condiciones] ENTONCES [conclusión]' es inderrotable, si y solo si, es siempre el caso de que,

Por otro lado, tenemos «el problema de la interpretación». Este alude a la dificultad que los usuarios de las reglas genuinas pueden encontrar para determinar la extensión del antecedente o de lo elementos fácticos del enunciado normativo. En algunas ocasiones, éste se puede confundir con «el problema de las excepciones» al que nos referimos previamente, por lo que es importante, a pesar de su cercanía, tener presente su distinción: las grandes dificultades de determinación de las condiciones de aplicación de una regla (vaguedad, ambigüedad, textura abierta, conceptos valorativos, etc.) no implican la derrotabilidad de las reglas (Araszkiewicz, 2015, p. 418; Holton, 2011, pp. 166-67). En el sentido opuesto, la tesis fuerte de la derrotabilidad afirma que, a pesar de que las condiciones de aplicación del enunciado normativo estén perfectamente determinadas y la regla sea aplicable a un determinado caso para producir determinada consecuencia normativa, siempre es posible formular una razón que lleve al rechazo de la consecuencia normativa (Araszkiewicz, 2015, p. 420). Así, parece que Redondo no necesita plantear respuestas ni un posicionamiento respecto al «problema de la interpretación» para mantener su solución al problema epistemológico de las reglas genuinas, si mantenemos nuestra reconstrucción de su teoría. Veámoslo con un ejemplo.

El artículo 1321 del código civil español dice,

> Fallecido uno de los cónyuges, las ropas, el mobiliario y enseres que constituyan el ajuar de la vivienda habitual común de los esposos se entregarán al que sobreviva, sin computárselo en su haber. No se entenderán comprendidos en el ajuar las alhajas, objetos artísticos, históricos y otros de extraordinario valor.

El viudo solicita al juez que una colección de cactus que simbolizan cada año de casados que vivieron juntos forme parte del ajuar. Una colección de cactus no se trata de mobiliario ni de objetos artísticos exactamente. Tampoco entraría en el concepto clásico de ajuar, pues no son objetos de «uso doméstico o común». Sin embargo, el juez considera que, dado el valor sentimental que tienen para el viudo, la colección debe formar parte del ajuar. En este caso, una razón no jurídica le anima a realizar una interpretación amplia del concepto de ajuar, pues considera moralmente relevante el valor simbólico otorgado a la colección de cactus frente al posible valor monetario que tenga (aceptando que son plantas comunes y que su valor no puede ser excesivamente alto). La pregunta,

---

si las condiciones son satisfechas, se sigue la conclusión» (Araszkiewicz 2015, p. 417, la traducción es mía). Las limitaciones de argumentos sólidos que impone aluden a razones puramente empíricas sobre hechos naturales con consecuencias deónticas asociadas (en otras palabras, si es verdadero que los elementos fácticos recogidos en la excepción se dan) y, por tanto, exige una aplicación necesariamente contextual.

Además, como ya se indicó, la claúsula *that's it* explica la existencia de excepciones a la regla, sin por ello dejar de tratarla como genuina. En ese caso, simplemente no se darían las condiciones del antecedente, por la existencia de argumentos sólidos alternativos. Es decir, nos permite cumplir con la segunda condición de adecuación: «reconocer que la razón invocada es invariablemente aplicable a los casos individuales que caen en su alcance y, en su caso, mencionar aquellas otras razones en virtud de las cuales la conclusión final se aleja de la solución sobre la que existía una expectativa» (Redondo 2018, p.129).

por tanto, es si, en el anterior caso, las reglas recogidas en el art 1321 C.C. han sido aplicadas como «invariablemente relevante[s], de un modo característico, en el razonamiento en el que se toma una decisión sobre el status deóntico». Analicemos el caso con nuestro esquema lógico, para mostrar cómo el juez ha interpretado el enunciado jurídico cumpliendo con las dos condiciones de adecuación: como un condicional universal o estricto y aceptando el compromiso pragmático. El juez se enfrenta a los siguientes argumentos lógicos:

A)

P1 A forma parte del ajuar
P2 ∀x ([x forma parte del conjunto de ropas, mobiliario y enseres que constituyen el ajuar de la vivienda habitual común de los esposos + *that's it*] → x no forma parte del haber hereditario)
P3 *that's it*
P4 A no forma parte del haber hereditario

O, si añade la premisa fáctica verdadera «A es un objeto de extraordinario valor», la claúsula *that's it* le permite incluir un nuevo argumento jurídico que ejerza de sustituto del anterior y le lleva al resultado deóntico opuesto. Así,

B)

P1 A forma parte del ajuar
P2 A es un objeto de extraordinario valor
P3 ∀x ([x forma parte del conjunto de ropas, mobiliario y enseres que constituyen el ajuar de la vivienda habitual común de los esposos + x forma parte del conjunto de alhajas, objetos artísticos, históricos y otros de extraordinario valor que no se entenderán comprendidos en el ajuar + *that's it*] → x forma parte del haber hereditario)
P4 *that's it*
P5 A forma parte del haber hereditario

Por lo tanto, tanto en el argumento lógico A como B vemos que el juez ha utilizado el art. 1321 del C.C. como una regla genuina *à la* Redondo: la ha interpretado como un condicional universal (condición 1) y ha dado razones en caso de finalmente aceptar la conclusión deóntica opuesta (condición 2). En este caso, la excepción aparece recogida en el propio artículo. El juez únicamente deberá decidir si la propiedad A «colección de cactus con valor sentimental» se adecúa al concepto de «ajuar» (premisa fáctica 1) exclusivamente, o si, además, también corresponde al concepto de «objeto de extraordinario valor» (premisa fáctica 2 en argumento B). Así, vemos claramente cómo el hecho de que el juez realice una interpretación extensiva, con base en razones morales, del concepto de «ajuar» no implica incluir una propiedad no expresamente prevista en el antecedente y, por tanto, incumplir con la condición número uno de interpretar el condicional como inderrotable. Todo lo contrario: se trata, sencillamente, de un ejemplo del «problema de la interpretación», en el sentido

antes explicado, y de adecuación del caso, de sus premisas fácticas, al antecedente de la regla genuina[21].

El ejemplo visto demuestra por qué Redondo no necesita posicionarse respecto al «problema de la interpretación». Sin embargo, ello no le salva de otro problema directamente relacionado con la capacidad de los jueces de comprender el contenido de una regla: el problema filosófico fundamental del seguimiento de reglas. Más allá de los problemas de determinación de la extensión del antecedente, el test de la justificación interna de la sentencia no nos permite saber si el juez ha seguido correctamente la regla genuina. Ahora veremos las razones.

4. LA FALTA DE ACCESO EPISTÉMICO CONTINÚA

Hasta ahora hemos visto la respuesta que Redondo ofrece a la objeción epistemológica de las reglas genuinas, así como el alcance de la misma, diferenciando entre el problema de la interpretación y el problema de las excepciones, y sus consecuencias respectivas.

A continuación, y como último punto de este trabajo, analizaré detenidamente la famosa paradoja del seguimiento de reglas, detectada por Wittgenstein, y mostraré como las reglas genuinas no consiguen sortear este problema, aun cambiando las razones sustantivas por razones lógicas tal y como propone la autora. Finalizaré con una propuesta concreta: que Redondo acepte cierta lectura *wittgensteniana* no escéptica

21. Alguien podría considerar que la derrotabilidad o inderrotabilidad de la norma depende, precisamente, de las elecciones del intérprete *a la hora de incluir o no la P2*, es decir, al asignar un significado a la expresión «extraordinario valor». Sin embargo, como se ha explicado previamente, siguiendo a Araszkiewicz (2015, p. 418) y a Holton (2011, pp. 166-67) la distinción entre «el problema de las excepciones» y «el problema de la interpretación» asume que las grandes dificultades de determinación de las condiciones de aplicación de la regla no implican su derrotabilidad. Así también lo afirma Schauer cuando dice, en relación a la ya clásica regla jurídica *hartiana* que prohíbe entrar vehículos en el parque, «[l]a pregunta de si el coche de policía debe ser excluido es por consiguiente distinta de la pregunta de si es un vehículo, y no se convierte en menos que en un vehículo solo porque sea indeseable excluirlo del parque» (1990, p.188, la traducción es mía).
Ello no quita, como claramente apunta Bix (2012, pp. 200-201) al comparar textura abierta y derrotabilidad, que ambos puedan usarse como medios para la creación de derecho por vía judicial. Ni que, como afirma Guastini (2012, pp. 143,153), la derrotabilidad de las normas también sea resultado de la interpretación de los enunciados normativos (en concreto, de la realización de una interpretación no literal, sino restrictiva, por medio de la cual se crean excepciones implícitas). De hecho, Guastini (2012, pp. 152-153) considera que no se debe confundir las características propias de la textura abierta (que la considera una propiedad objetiva e ineliminable de todos los predicados en el lenguaje natural) con las de la derrotabilidad de las normas (que no es una propiedad objetiva de las normas, sino el resultado de una operación interpretativa concreta). Véanse más discusiones en Ferrer Beltrán y Ratti (2012) *The logic of legal requirements: essays on defeasibility* o en el debate contenido en Discusiones, 5, 2005 (con artículos de J. Rodríguez, M. V. Redondo, R. Caracciolo, J. J. Moreso y B. Celano).

como solución[22], en particular, la interpretación que García-Carpintero propone de la teoría del significado de Wittgenstein.

4.1. El problema del seguimiento de reglas

Comenzaré por indicar la paradoja del seguimiento de reglas tal y como la cita Wittgenstein en su obra Investigaciones Filosóficas:

> 201. Nuestra paradoja era ésta: una regla no podía determinar ningún curso de acción porque todo curso de acción puede hacerse concordar con la regla. La respuesta era: si todo puede hacerse concordar con la regla, entonces también puede hacerse discordar. De donde no habría ni concordancia ni desacuerdo.
>
> (1958, p. 203)

Wittgenstein se pregunta acerca de la naturaleza y epistemología del seguimiento de reglas (Wright, 1989, p. 303): ¿cómo podemos saber qué requiere una regla en una situación particular?, ¿cómo podemos conocer su *significado*? Por un lado, podemos responder que accedemos a este conocimiento a través de la interpretación del contenido de la regla, sea ésta un mero símbolo (por ejemplo, una señal de stop en la carretera) o un enunciado lingüístico. Lo cual implica apelar a una *autoridad externa* que nos enseñe la asociación entre el contenido y la interpretación. Pero la interpretación significa, en palabras de Wittgenstein, «sustituir una expresión de la regla por otra» (1958, p. 203, sección 201). Como explica Bix, «si los símbolos y signos de una regla eran insuficientes para saber si una acción estaba o no de acuerdo con la regla, ¿por qué la adición de nuevos signos y símbolos en nuestras mentes puede solventar esta insuficiencia?» (1993, p. 39, la traducción es mía). Es decir, la interpretación no nos ofrece una explicación completa de qué es seguir la regla o de qué significa su continente: siempre cabrá una interpretación posterior que complete su significado y, aun así, ésta no podrá ser exhaustiva ni excluyente de otras posibles interpretaciones alternativas. Tanto si explicamos la regla o el símbolo usando otras palabras como si lo hacemos ostensivamente (señalando ejemplos del entorno) requeriremos de una posterior interpretación, tanto de las palabras como de las imágenes, de la que cabrán distintas alternativas. Ello nos

22. Es cierto que Redondo trabaja los problemas de identificación de los deberes jurídicos en su capítulo 1. En las pp. 60-73 defiende una postura similar a la aquí sugerida: en primer lugar, el contenido de las normas no puede depender de una interpretación; y, en segundo lugar, acepta una respuesta no escéptica a la paradoja de Wittgenstein, en la que los significados de una expresión se pueden captar o comprender directamente, comprensión exhibida en la práctica de uso. Sin embargo, podría considerarse que con afirmaciones como «los significados o contenidos jurídicamente debidos no son la práctica o las conductas reiteradas (independientemente de cuán convergentes sean) sino los criterios o contenidos que subyacen a ellas y las determinan normativamente» o «un significado o contenido jurídicamente debido no es reducible a la práctica» (2018, p. 66), sí que defiende una postura distinta a la lectura *wittgensteniana*, disposicionalista y proyectivista, aquí sugerida. Creo, en cualquier caso, que el debate no está cerrado y que sugerir nuevas propuestas en base a su teoría de las reglas genuinas es novedoso y enriquece el análisis teórico de su postura.

conduce a un regreso al infinito y a la falta de normatividad (relativa a intentar predecir aplicaciones futuras en base a casos pasados), que veremos a continuación.

Por otro lado, podemos apelar a cierta *autoridad interna* en la asignación de los criterios de corrección de la regla[23]. Sin embargo, como Wittgenstein demuestra en su argumento contra la posibilidad del lenguaje privado, la concepción del significado mentalista conlleva falta de criterios de corrección: no nos permite saber cuándo estamos aplicando una regla correcta o incorrectamente[24]. Es decir, no podemos dar cuenta del carácter normativo del significado. El autor explora la siguiente opción para llegar a su conclusión: entender el significado como una lista de casos correctos anteriores. Sin embargo, la lista sólo permite saber que los casos anteriores han sido correctamente aplicados, pero no cómo hacerlo en casos futuros. Por ejemplo, puede darse una lista paralela que asigne valores diferentes a los casos nuevos (podríamos entenderla como que contiene excepciones implícitas), como sucede con el caso de la suma y de la parasuma[25]. La lista de casos anteriores es compatible con cualquier secuencia posterior, por tanto, no establece un criterio de normatividad. Es decir, los términos pueden ser interpretados de varios modos y necesitamos saber cuál es el modo correcto. Como explica Wolénski, «el punto crucial es que X siempre puede preguntarse asimismo o a los demás *por qué* 68+57=125. La respuesta final pertenece a la aritmética y a su

23. García-Carpintero interpreta la paradoja del seguimiento de reglas como crítica a la posición mentalista sobre el significado aceptada por Frege, Locke o el propio Wittgenstein del *Tractatus* (1996, p. 378-425), que es aquella que combina una concepción internista de la mente (tenemos conocimiento directo y cierto de nuestros estados mentales y su contenido) con la tesis de la prioridad ontológica del pensamiento sobre el lenguaje (las palabras sólo tienen significado porque sus usuarios son capaces de tener pensamientos con esos mismos significados). Esta autoridad interna, por tanto, se nos manifiesta en aquellas ocasiones en las que, una vez que comprendemos el concepto, el significado se hace inmediatamente presente en la mente de cualquiera que sea capaz de usar una determinada expresión con ese significado.
24. El argumento contra la posibilidad del lenguaje privado apela, básicamente, a que la privacidad epistémica de los presupuestos mentalistas impide tener criterios de corrección contrastables, lo que deriva en una falta de normatividad. Es decir, conozco mis estados mentales y su contenido, y conozco la relación que establezco entre ellos y el lenguaje que uso, pero, no puedo verificar que la relación que establecí en t1 sea la misma que estoy estableciendo en t2.
25. Wittgenstein desarrolla su ejemplo en la sección 185 refiriéndose a distintas formas de interpretar la orden «continúe la serie '+2' por encima de 1000»: el profesor espera que el alumno le responda «1000,1002,1004,1006» y sin embargo éste le responde «1000,1004,1008,1012», ya que el alumno ha interpretado la orden como «Suma siempre 2 hasta 1000, 4 hasta 2000, 6 hasta 3000, etc.». Ésta es una interpretación que ofrece los mismos resultados para valores inferiores a 1000 que la interpretación esperada por el profesor, pero que cambia a partir de 1000. Es decir, coincide con los ejemplos explicados por el profesor hasta el momento, pero cambia de cara a nuevos casos (posteriores a 1000). Otro ejemplo clásico es el desarrollado por Kripke (1982, p. 9) comparando el significado asociado a la suma y a la parasuma (siguiendo la traducción de García-Carpintero del término *quus*): la suma sigue nuestra interpretación aritmética clásica mientras que la parasuma significa «asignar el mismo valor que la suma a cualquier par de números, excepto al par '68' y '57' cuyo valor será '5'». Así, ante la suma de «68+57» la primera interpretación ofrecerá como resultado el valor «125» mientras que la segunda será «5». La pregunta entonces será: «¿Cómo podemos saber que ésta [*la parasuma*] no es la función que previamente se quiso asignar a «+»?» (Kripke, 1982, p. 9, la traducción es mía).

interpretación estándar» (Woleński, 2015, p. 399, la traducción es mía). Es decir, para seguir nuestra regla habitual del símbolo suma nos guiamos por la interpretación enseñada a través de la aritmética de Peano. Pero cualquier otra interpretación sería compatible[26] pues, como dice Wittgenstein, «todo curso de acción puede hacerse concordar con la regla» (1958, p. 203). Por tanto, la lista mental de casos anteriores en la que se ha aplicado el término correctamente no pude ser el significado: no delimita casos correctos de incorrectos y es compatible con cualquier secuencia posterior[27].

El problema del seguimiento de reglas ha generado dos posiciones mayoritarias: la escéptica y la no escéptica. El escepticismo se representa a través de la lectura que Kripke da a la paradoja del seguimiento de reglas: dadas las limitaciones anteriormente descritas, no podemos determinar cómo aplicar una regla correctamente (1982, p. 21): «cualquier hecho del pasado que tomemos como criterio de significado es compatible con cualquiera de las dos posibilidades y, en consecuencia, se concluye que nada puede establecer cuál es el significado de un término o expresión» (Iglesias, 1998, p. 135). La posición no escéptica ha sido desarrollada, especialmente, por Backer y Haker (1994), los que intentan mostrar cómo una conexión interna entre la regla y los actos de uso elimina la necesidad de la intermediación de la interpretación y ofrecen como criterio de corrección la propia práctica. Para ello fundamentan su posición en la misma sección donde Wittgenstein enuncia la paradoja pues, además de la cita superior, también afirma que «hay una captación de una regla que no es una interpretación, sino que se manifiesta, de caso en caso de aplicación, en lo que llamamos 'seguir la regla' y en lo que llamamos 'contravenirla'» (1958, p. 203, sección 201). Sin embargo, en lo que sigue mostraré la postura *wittgensteniana*, tal y como es reconstruida por García-Carpintero, como solución no escéptica a su paradoja para, posteriormente, tratar de analizar si ésta puede ser una posible solución al problema del seguimiento de reglas en la propuesta de reglas genuinas de Redondo.

26. Por «compatible» aquí me refiero a la característica de la relación que se da entre la explicación del contenido de la regla y los casos anteriores. Con ello no busco entrar en las razones por las que esa interpretación de la suma conforme la aritmética de Peano es *mejor* a efectos prácticos, pues, como alguien ha sugerido, nos permite demostrar una infinidad de teoremas prácticos; sino en si esa interpretación es *la* correcta y cómo saberlo.

27. Schauer (1990, pp. 190-191) ofrece una alternativa: no preguntarnos por qué las reglas del lenguaje o una interpretación concreta funciona (pues en ese caso, efectivamente, cualquier interpretación posterior compatible con la sucesión de casos anteriores sería admitida), sino cuál interpretación efectivamente funciona y, además, permite que otras reglas, provenientes de las prácticas sociales o de presuposiciones categóricas, funcionen también (aunque ello únicamente sea un condición necesaria, pero no suficiente, para que las reglas actúen como razones para la acción, pues aún con estas limitaciones el autor reconoce que se da cierto margen de elección al seguidor de reglas).

4.2. Una lectura no escéptica de Wittgenstein

Muchos son los autores que consideran un error asignar a Wittgenstein una posición escéptica frente al significado, tal y como lo hace Kripke[28]. De hecho, Wittgenstein afirma:

> 198. «¿Pero cómo puede una regla enseñarme lo que tengo que hacer en este lugar? Cualquier cosa que haga es, según alguna interpretación, compatible con la regla»– No, no es eso lo que debe decirse. Sino esto: Toda interpretación pende, juntamente con lo interpretado, en el aire; no puede servirle de apoyo. Las interpretaciones solas no determinan el significado. […] [H]e sido adiestrado para una determinada reacción a ese signo *(la expresión de la regla: un indicador de caminos)* y ahora reacciono así.
> Pero con ello sólo has indicado una conexión causal […]. No; he indicado también que alguien se guía por el indicador de caminos sólo en la medida en que exista un uso estable, una costumbre.
>
> (1958, p. 199)

García-Carpintero interpreta la cita anterior considerando que para Wittgenstein las reglas son disposiciones «humeanas» a la conducta observable, en circunstancias observables, entendidas de acuerdo a la concepción proyectivista; y que el significado de un término es la multiplicidad de disposiciones a la conducta (relativas a un término) de los miembros apropiados de la comunidad en circunstancias apropiadas (es decir, aquello que éstos individuos juzgarían que *deben* hacer si se diesen las circunstancias) (1996, pp. 394-408). Desarrollemos esta interpretación por partes.

En primer lugar, las disposiciones *humeanas* a la conducta observable son propiedades que atribuimos a los usuarios del lenguaje que implican una regularidad notada en el pasado (por él o por otros que son como él), entre características observables, la cual esperamos se vuelva a producir[29][30]. En segundo lugar, la concepción proyectivista caracteriza a estas disposiciones *humeanas* como propiedades «dependientes de la reacción»: miembros apropiados de la comunidad, bajo circunstancias adecuadas,

28. Bix afirma «es de hecho muy difícil –si es posible– encontrar a un discípulo serio de Wittgenstein que esté sustancialmente de acuerdo con la lectura de Kripke» (1993, p. 38).
29. Es importante no confundir la interpretación *humeana* de las disposiciones con la realista. La concepción realista, en cambio, considera que al atribuirle a un objeto una disposición estamos atribuyendo cierta «estructura interna» o propiedades categóricas. García-Carpintero considera que cuando Wittgenstein niega que los significados sean disposiciones (sección 149) precisamente se está refiriendo a la concepción realista (1996, p. 397).
30. García-Carpintero reconstruye la caracterización *wittgensteniana* de las reglas como técnicas, prácticas o costumbre, como disposiciones de la conducta para considerar la regularidad como un constituyente necesario del significado, y para evitar su identificación con cursos de acción realmente llevados a cabo (1996, p. 396). Además, estas disposiciones se dan sólo ante ciertos casos, los considerados términos básicos, respecto a los cuales no hay diversidad de opiniones salvo en aquellas situaciones en las que las circunstancias sean anormales. Son los conocidos como «juicios»: se aplica un término sin necesidad de razón consciente para ello (1996, p. 404), el significado es la disposición a la conducta (1996, p. 399). Ante otro tipo de términos, Wittgenstein reconoce la posibilidad de aceptar definiciones ostensivas.

juzgarán las acciones como correctas o incorrectas[31]. Es decir, juzgarán si la acción se adecúa a la regularidad esperada por el usuario del lenguaje o no. Pero, además, éstas son disposiciones de «múltiples vías» (1996, p. 399), lo cual implica que el significado de una palabra se puede manifestar en la conducta de múltiples modos posibles (por ejemplo, hay innumerables manifestaciones en las que se puede mostrar que se conoce el significado de «rojo»): «esa vasta, promiscua y multiforme pluralidad –y no una nítida definición 'en la mente', quizás causada por el uso regular– es, según Wittgenstein, el significado de 'añil'» (idem). Por tanto, Wittgenstein sortea la falta de criterios de normatividad a través de su concepción basada en «el significado de una palabra es su uso en el lenguaje» (1958, sec. 42): las condiciones de aplicación de una palabra están establecidas en términos públicamente contrastables a través de las reacciones de los miembros competentes de la comunidad lingüística en circunstancias determinadas (1996, p. 399)[32][33].

4.3. Un problema para Redondo: ¿Resuelve la propuesta de reglas genuinas el problema del seguimiento de reglas?

Recapitulando, hemos visto ya como Redondo caracteriza la objeción epistemológica, y como parece que su modelo de reglas genuinas como razones lógico-lingüísticas le hace frente. Podemos comprobar si el enunciado jurídico ha sido tratado como un condicional inderrotable y qué papel han jugado las excepciones a la hora de determinar el resultado deóntico gracias a la cláusula *that's it* puesta de manifiesto a través de la justificación interna de la sentencia judicial. Podemos, y debemos también, diferenciar lo que he llamado «el problema de las excepciones» de «el problema de la interpretación»: hay independencia conceptual entre ambos problemas y, como vimos, Redondo únicamente necesita explicitar cuándo nos encontramos ante excepciones para resolver la objeción epistemológica de las reglas genuinas.

Sin embargo, hay un problema epistémico distinto y fundamental que la solución de Redondo no puede obviar: la determinación del contenido normativo de la regla. He desarrollado este problema a través de la paradoja del seguimiento de reglas expuesta por Wittgenstein, y he manifestado las dos alternativas teóricas fundamentales que se han ofrecido como respuesta: a favor o en contra de la solución escéptica. Esta

31. La idoneidad exigida refiere a unos requisitos mínimos, por ejemplo, no tener problemas de visión y ciertas condiciones de luz, respectivamente.
32. Es importante resaltar que los juicios son «fácticos» en tanto son recusables: ni un individuo ni una comunidad lingüística pueden estar seguros de que algo que toman por un juicio no habrá de ser abandonado un día (García-Carpintero, 1996, p. 407). Tendrán, por tanto, que estar atentos a los criterios compartidos en esas formas de vida.
33. Además, esta interpretación hay que entenderla dentro del marco teórico *wittgensteniano*: estas reglas forman parte de un «gramática», que establece las bases del «juego del lenguaje», el cual solamente puede ser entendido, al menos sus términos básicos, si se comparten «formas de vida». Sin embargo, no vamos a profundizar, más allá de lo que nos afecta, en su teoría del significado.

paradoja se ha interpretado como un problema ontológico, con Kripke y su cuestionamiento de la existencia de las reglas; o epistemológico, con una lectura más amable de Wittgenstein y su pregunta acerca de cómo podemos saber qué nos exige una regla en una situación particular (Wright, 1989, p. 303; Iglesias, 1998, p. 135). Esta segunda lectura es la que nos interesa, y a la que Redondo debe ofrecer respuesta para defender su propuesta de reglas genuinas en el derecho[34]. Examinemos ahora los posibles caminos que la referida autora podría seguir, en base a lo previamente desarrollado.

Por un lado, Redondo podría aceptar la solución escéptica de Kripke. Es decir, podría aceptar que siempre es necesario realizar una interpretación del contenido de la regla para determinar el significado[35]. Ello nos lleva a reconocer la imposibilidad de determinación del contenido normativo de la regla *a priori* y, por tanto, saber de cara a futuro cuándo se está aplicando las reglas correctamente[36]. O a la necesidad de explicitación de todos los casos posibles, pues, en caso contrario, siempre cabrá una interpretación alternativa que implique un resultado distinto (como vimos previamente con el ejemplo de la suma y la parasuma). En el plano del derecho, este posicionamiento significaría que no podemos llegar a conocer el contenido normativo de la regla *ex ante* y, por tanto, los jueces tendrán que esperar a que la sentencia llegue a su última instancia (o que sea firme) para aceptar la interpretación dada por el tribunal último y sólo de esa forma conocer cuál era el significado escogido. Es decir, aceptarán *a posteriori* el contenido normativo explicitado por la «autoridad externa»[37]. Claramente, y como

34. No debemos confundir el problema del seguimiento de reglas con lo que anteriormente llamé «el problema de la interpretación». El problema *wittgensteniano* apela, como acabamos de ver, a la dificultad de identificar qué es una aplicación correcta de la regla y cómo obtenemos este conocimiento. «El problema de la interpretación», en cambio, apela a la determinación semántica del antecedente, como vimos a través del ejemplo, si la propiedad A «colección de cactus con valor sentimental» se adecúa al concepto de «ajuar» (premisa fáctica 1) exclusivamente, o si, además, también corresponde al concepto «objeto de extraordinario valor» (premisa fáctica 2 en argumento B).
Tampoco se debe considerar que *plantear* esta paradoja anula la discusión anterior respecto a la derrotabilidad de las normas. Aquí únicamente trato de mostrar cómo el problema del seguimiento de reglas es un problema teórico al que Redondo debe responder para poder articular su concepción de las reglas genuinas y su concepción del positivismo jurídico inclusivo (y así, en parte, ella misma lo considera en la respuesta que ofrece en el capítulo uno). Lo que es claro, y en esto coincido con los revisores, es que su posición ante la paradoja condicionará el debate de la derrotabilidad y la posibilidad misma de concebir a las reglas genuinas, como a continuación explico.
35. Postura generalmente asociada a los autores pertenecientes al movimiento *Critical Legal Studies*, que siguen la tesis de la indeterminación radical. También ha sido asociada al realismo jurídico genovés de Tarello y Guastini (Moreso, 2006, p. 119; Vilajosana, 2007, p. 103). Sin embargo, la propia Redondo establece una distinción entre estos dos movimientos: el realismo jurídico no busca mostrar la indeterminación radical del lenguaje, sino la imposibilidad de determinación, con antelación a la decisión del juez, de «cuál de los significados existentes (más o menos determinados) es jurídicamente debido» (2018, p. 35-38).
36. Aquí utilizo el término «correctamente» con el mismo sentido que se ha empleado en el resto de la sección: en relación con los criterios de corrección propios del carácter normativo inherente al significado de una regla.
37. En el sentido empleado en la sección 4.1.

ya vimos, ello no resuelve ni el regreso al infinito ni el problema de la normatividad: solamente establece un límite al número de expresiones que se pueden sustituir por otras, utilizando la expresión de Wittgenstein. Parece, por tanto, que éste no puede ser el camino escogido por Redondo, pues conllevaría la negación de la existencia de las reglas genuinas en tanto reglas que son *invariablemente relevante [s]*, *de un modo característico*, en el razonamiento en el que se toma una decisión sobre el status deóntico (Redondo, 2018, p. 96) ya que el desconocimiento de su contenido anularía su relevancia práctica.

Por otro lado, Redondo podría aceptar la posición no escéptica, aceptando como criterio de corrección la propia práctica. Examinemos ahora si su propuesta de reglas genuinas podría encajar con la teoría *wittgensteniana* del significado previamente explicada. En primer lugar, la concepción de las reglas, tal y como ha sido reconstruida por García-Carpintero, se adapta bastante bien a las condiciones de adecuación que Redondo exige para reconocer a las reglas genuinas. La primera condición, consistente en interpretar el enunciado normativo como un condicional universal estricto, nada nos dice respecto a si el usuario conoce o no el contenido normativo de la regla. Sin embargo, la segunda condición, la cual apela al «compromiso pragmático», sí que reconoce que el enunciado se debe interpretar como se había hecho anteriormente, lo cual coincide con la regularidad que los usuarios del lenguaje atribuyen al significado de una regla a través de las disposiciones *humeanas*. Además, la segunda condición también exige explicitar la razón por la que no se ha seguido la interpretación esperada, lo cual coincide con la concepción proyectivista asociada a las disposiciones *humeanas*: sólo se considerará una aplicación correcta de la regla si los miembros apropiados de la comunidad, bajo circunstancias adecuadas, juzgan la acción como correcta. Si, en cambio, el resultado no es el esperado se abren tres opciones: que no haya un acuerdo y se den distintas opiniones acerca de cuál es la interpretación adecuada[38], que se juzgue como incorrecto, o que una parte importante de esos miembros apropiados, que comparten formas de vida, juzguen como correcta la nueva acción y se produzca un cambio. La razón que debe justificar el cambio, realizando una interpretación *wittgensteniana* de la condición de adecuación de Redondo, tiene que reflejar el cambio de criterio entre aquellos que comparten formas de vida.

Consecuentemente parece necesario que, para poder defender una propuesta de reglas genuinas en el derecho, Redondo tiene que defender una postura no escéptica ante el problema del seguimiento de reglas. Su postura deberá mostrar cómo los jueces (u otros sujetos que utilicen el razonamiento jurídico[39]) pueden acceder al conocimiento

38. Dejaría, por tanto, de haber un juicio compartido y, consecuentemente, ya no se trataría de un término básico.

39. Sin embargo, como se ha percibido a lo largo del trabajo y como también afirma Monti (2020), parece que la propuesta de que el derecho pretenda guiar la conducta mediante reglas genuinas en tanto razones lógico-lingüísticas, sólo puede afectar a la conducta de funcionarios y jueces, en tanto son los que articulan y expresan lingüísticamente argumentos al aplicar reglas jurídicas.

normativo de las reglas. Parece también que su propuesta de reglas genuinas encaja con una lectura *wittgensteniana* de las reglas, siempre y cuando aceptemos que la única razón que puede justificar un cambio de paradigma en el contenido normativo asociado a la regla es una razón basada en el acuerdo de los miembros de una comunidad lingüística.

5. CONCLUSIONES

El objetivo del presente trabajo fue analizar el capítulo segundo de libro de María Cristina Redondo «Positivismo jurídico 'interno'». En concreto, decidí centrarme en la propuesta de reglas «genuinas» defendida por la autora y en los posibles problemas epistémicos que conlleva. Si bien es cierto que, tras la clarificación que la cláusula *that's it* de Holton aporta a la propuesta de reglas genuinas como razones lógico-lingüísticas, coincido con la autora que su propuesta responde adecuadamente a la objeción epistemológica, no es menos cierto que hay otro problema epistemológico al que aún tiene que responder: la paradoja del seguimiento de reglas.

Como conclusión, me gustaría indicar que ciertos símiles se han aparecido a lo largo de la investigación. Tanto ante el problema de las excepciones como ante el problema del seguimiento de reglas, la solución indicada frente a la lista infinita de posibles excepciones o de posibles casos que expliquen el contenido de la regla, respectivamente, se ha dirigido hacia el mismo lugar: los hechos, el contexto que rodea el caso a examinar, son aquello que nos permite poner límites y defender posiciones acordes con nuestras intuiciones lingüísticas básicas. En el caso de las excepciones, solamente la confirmación de la existencia de premisas fácticas verdaderas permitirá la inclusión de una excepción en el razonamiento del juez, y en el caso del seguimiento de reglas será exclusivamente una razón basada en el acuerdo de los miembros de una comunidad lingüística la que puede justificar un cambio en el contenido normativo asociado a la regla. Así, vemos como el escepticismo ante la posibilidad de que las reglas guíen conductas puede encontrar un frente en el contexto del caso o del usuario de las reglas, entendido tanto por las posibles limitaciones casuísticas como por las limitaciones interpretativas.

Finalmente, creo que con este trabajo he avanzado en la comprensión teórica del modelo de reglas genuinas de Redondo y he indicado uno de los problemas fundamentales al que parece que la autora debe responder para mantener su propuesta de reglas «genuinas» en el derecho. Esta respuesta requiere una explicitación de su concepción del significado que evite la solución escéptica propuesta por Kripke y que anularía la posibilidad de que las reglas guiasen la conducta. Ciertamente parece que cualquier normativista debe responder a esta paradoja.

BIBLIOGRAFÍA

Alchourrón, C. E., (1996). «Detachment and Defeasibility in Deontic Logic», en *Studia Logica* 57, pp. 5-18.

Alexy, R., (1989). *Theorie der juristischen argumentation*. Citado por la traducción castellana de Atienza, M. y Espejo, I. *Teoría de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de estudios constitucionales.

Araszkiewicz, M., (2015). «Legal Rules: Defeasible or Indefeasible?» Pp. 415-31 en *Problems of Normativity, Rules & Rule-Following*. London: Springer.

Backer, G.P., y Haker, P.M.S., (1980). *Wittgenstein: Rules, Grammar and Necesity*. Oxford: Basil Blackwell.

Bix, B. H.,

– (1993). *Law, Language, and Legal Determinacy*. Oxford : Clarendon Press.

– (2012). «Defeasibility and open texture». In Jordi Ferrer Beltrán & Giovanni Battista Ratti (eds.), *The Logic of Legal Requirements: Essays on Defeasibility*. Oxford University Press.

Duarte d'Almeida, L., (2014). «Exceptions and Supersession» Pp.187-203 en *Ragione Practica*, 42.

Ferrer Beltrán, J., y Ratti, G. B., (2012). *The logic of legal requirements : essays on defeasibility*. Oxford: Oxford University Press.

García-Carpintero, M., (1996). *Las Palabras, Las Ideas y Las Cosas : Una Presentación de La Filosofía Del Lenguaje*. Barcelona : Editorial Ariel.

Hart, H.L.A., (1961). *The concept of Law*. Citado por la traducción castellana de Genaro R. Carrió. *El Concepto de Derecho*. 2a. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Holton, R., (2011). «Modeling Legal Rules.» Pp. 165-83 en *Philosophical Foundations of Language in the Law*. Oxford University Press.

Iglesias Vila, M., (1998). «Una crítica al positivismo hartiano: el problema del seguimiento de reglas» en Comanducci, P. y Guastini, R., *Analisi e Diritto*.

Kripke, S. A., (1982). *Wittgenstein on Rules and Private Language : An Elementary Exposition.* Oxford : Basil Blackwell.

Monti, E., (2020). «Redondo sobre la normatividad del derecho». *Revus. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law* (42). https://doi.org/10.4000/revus.6177

Moreso, J.J., (2006). *Lógica, argumentación e interpretación en el derecho*. Barcelona: Editorial UOC.

Moreso, J. J., Navarro, P.E. y Redondo, M. C., (2001). *Lliçons de Filosofia Del Dret*. EDIUOC.

Raz, J., (1999). *Practical Reason and Norms*. Oxford: Oxford University Press.

Redondo, M. C.,

– (1998). «Reglas 'genuinas' y positivismo jurídico» en Comanducci, P. y Guastini, R., *Analisi e Diritto*, 243-276.

– (2018). *Positivismo Jurídico «Interno.»* Ljubljana : Klub Revus.

Schauer, F.,

– (1990). «Rules and the Rule-Following Argument» *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 3(2), 187-196.

– (1991). *Playing by the rules.* Oxford: Oxford University Press. Citado por la traducción castellana de Rodriguez, J. L. y Oronesu, C. 2004. *Las Reglas En Juego : Un Examen Filosófico*

de La Toma de Decisiones Basada En Reglas En El Derecho y En La Vida Cotidiana. Madrid : Marcial Pons, Eds. Jurídicas y Sociales.

Vilajosana, J.M., (2007). *Identificación y justificación del derecho*. Madrid: Marcial Pons

Wittgenstein, L., (1958). *Philosophische Untersuchungen*. Londres: Basil Blackwell. Citado por la traducción castellana de García Suárez, A. y Moulines, U. 1999. Investigaciones Filosóficas. Ed. Altaya.

Woleński, J., (2015). «Rule-Following and Logic». Pp. 395-402 in *Problems of Normativity, Rules and Rule-Following*. London: Springer.

Wright, C., (1989). Critical notice, 98 *Mind* 289.

Wroblewski, J., (1974). «Legal syllogism and rationality of judicial decision». *Rechtstheorie*, 5(1-2), 33-46.

Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, (2022), *45*
e-ISSN: 2386-4702 | ISSN: 0214-8676

Sistema jurídico e identificación del derecho. Una posible respuesta bulyginiana a «La teoría positivista de Bulygin. Un análisis crítico» de María Cristina Redondo

Legal System and Identification of Law. A Possible Bulyginian's Response to «La teoría positivista de Bulygin. Un análisis crítico» by María Cristina Redondo

Sebastián Agüero-SanJuan*

Autor:
Sebastián Agüero-SanJuan
Universidad Austral de Chile, Chile
sebastian.aguero@uach.cl
https://orcid.org/0000-0003-2772-794X

Recibido: 1-5-2021
Aceptado: 16-11-2021

Citar como:
Agüero-SanJuan, Sebastián (2022). Sistema jurídico e identificación del derecho. Una posible respuesta bulyginiana a «La teoría positivista de Bulygin. Un análisis crítico» de María Cristina Redondo. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, *45*, pp. 549-579. https://doi.org/10.14198/DOXA2022.45.20

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

© Sebastián Agüero-SanJuan

Resumen

El presente trabajo busca controvertir dos ideas centrales del análisis crítico presentado por Redondo, a saber: (i) sugerir que la teoría de E. Bulygin no entrega criterios que permitan identificar su objeto de estudio y que esta indeterminación posibilita vincular su obra con distintos positivismos (simple, incluyente o excluyente) según qué texto sea revisado; y, a modo de conclusión, (ii) asumir que la falta de una posición clara respecto de la segunda cuestión (positivismos) implica una falta de respuesta a la primera (cómo identificar el objeto de estudio). Así, por un parte, el artículo defiende que la teoría del derecho de Bulygin entrega una respuesta a cómo identificar su objeto de estudio, junto con presentar esta respuesta bulyginiana y, por otra parte, muestra cómo dicha respuesta se vincula con un positivismo excluyente, el cual es esbozado.

Palabras claves: Sistema jurídico; Identificación del derecho; Eugenio Bulygin; María Cristina Redondo

Abstract

The present study aims to discuss two main ideas of the critical analysis presented by Redondo. That is, (i) to suggest that Eugenio Bulygin's theory does not provide criteria that allow the identification of the subject of study and that this indeterminacy enables to connect his work with different positivisms (simple, inclusive or exclusive)

* Agradezco los comentarios y sugerencias de Giovanni Battista Ratti, Diego Almonacid y Lorena Ramírez a una versión preliminar de este trabajo, junto con las recomendaciones de lo/as árbitro/as de la revista.

depending on the text referred to. And, as a conclusion, (ii) to assume that the lack of a clear position regarding the second issue (positivisms) implies a lack of response to the first point (how to identify the subject of study). In this regard, on one hand, this research advocates that the Bulygin's theory of law provides a response about how to identify the subject of study, along with this own Bulyginian response; and, on the other hand, to demonstrate how such response may be linked with an exclusive positivism, which is also briefly addressed.

Keywords: Legal system; identification of law; Eugenio Bulygin; María Cristina Redondo

INTRODUCCIÓN

Como es ampliamente conocido, el propio Eugenio Bulygin tuvo la posibilidad de responder al análisis crítico formulado por María Cristina Redondo durante los últimos días de la primavera del 2006, en un seminario homenaje celebrado en la Universidad Pompeu Fabra. Discusión que al año siguiente se plasmó en el libro «Un diálogo con la teoría del derecho de Eugenio Bulygin». Por lo mismo, en el presente trabajo solo pretendo elaborar la respuesta que, frente al trabajo de Redondo, podría dar alguien que parte de su formación la realizó al amparo de la obra de E. Bulygin (y C. Alchourrón) y lee con cierto desconcierto algunas de las críticas formuladas a su posición.

Es importante recordar que el quid del análisis crítico redondiano es metodológico: si asumimos que toda teoría debe entregar criterios para identificar su objeto de estudio, la pregunta a responder es ¿cuáles son los criterios que entrega una teoría del derecho bulyginiana para identificar su objeto de estudio? La autora considera que Bulygin no respondió (explícitamente en «Normative Systems») esta pregunta y de ahí la atribución de un «positivismo simple», y considera que tampoco fue satisfactoria su respuesta en trabajos posteriores, en los cuales habría oscilado entre «positivista excluyente» y «positivista incluyente».

En este contexto, pretendo controvertir la idea central y la conclusión de la crítica redondiana con base en cuatro consideraciones que funcionan como un gran argumento. Primero, recordar algunos conceptos sobre los cuales descansa la distinción entre tesis de relevancia e hipótesis de relevancia, porque en ellos se encuentran algunas claves para reconstruir las propuestas del libro y establecer las bases para un positivismo bulyginiano. Segundo, reconstruir algunos presupuestos del libro a partir a los trabajos elaborados por Bulygin antes de la publicación de «Normative Systems» y los inmediatamente posteriores a ella, porque si la base textual del problema se origina en el citado libro, considero más plausible enfrentar a sus críticos a partir de las ideas que en aquella época se manifiestan más presentes en las propuestas de Bulygin. Tercero, reforzar la reconstrucción precedente con otras ideas contenidas en «Normative Systems», mostrando así cómo una lectura contextualizada del libro lograr explicitar sus criterios de identificación del derecho. Cuarto, a partir de lo señalado en los pasos anteriores, bosquejo cómo sería un positivismo excluyente compatible con el proyecto bulyginiano.

De esta manera, se persigue controvertir que la falta de una posición clara entre positivismo excluyente o incluyente implica una falta de respuesta a cómo una teoría del derecho bulyginiana identifica su objeto de estudio. Para alcanzar este propósito, el artículo se estructura en cuatro apartados: (1) se desarrolla el análisis crítico formulado por Redondo; (2) se elabora la respuesta bulyginiana a partir de los trabajos contemporáneos a «Normative Systems», junto con algunos insumos encontrados en el propio libro; (3) se sugiere la manera en la cual es posible subsumir la respuesta bulyginiana en algún tipo de positivismo excluyente; y, por último, (4) se esbozan algunas conclusiones centrales.

1. EL ANÁLISIS CRÍTICO DE MARÍA CRISTINA REDONDO

Con la claridad que le caracteriza, Redondo sostiene que, si aceptamos como presupuesto que toda teoría debe ofrecer criterios que permitan identificar al objeto al que se refiere, la propuesta teórica de E. Bulygin no logra satisfacer este presupuesto y, consecuentemente, no entrega una respuesta a la pregunta acerca de ¿cómo identificar su objeto de estudio? Situación que ha posibilitado la formulación de algunos reproches a su teoría[1].

La autora inicia su análisis en la teoría positivista asumida por Bulygin (y C. Alchourrón) en «Normative Systems» (1974[1971]). Sugiere que, en este texto, los autores asumen la importancia de una tesis de relevancia para la identificación del derecho y presuponen alguna tesis de relevancia, pero no suministran un método para su identificación. En otras palabras, el libro se sostiene y desarrolla a partir de las distintas relaciones que pueden existir entre las normas, pero no entregan pautas respecto de cómo identificar el contenido de las normas jurídicas[2].

Según Redondo, esta omisión conlleva una doble exigencia. Es aplicable a «Normative Systems» la exigencia de explicitar los criterios con los que identifica al objeto al que se refiere, i.e., los sistemas normativos. Y es posible solicitar a Bulygin una respuesta sobre qué teoría de la identificación se debe conjugar con su tesis positivista de las fuentes sociales, la cual sea compatible con las propuestas «Normative Systems»[3]. Exigencias que guían el presente artículo.

Sin embargo, la autora precisa que el flanco de las críticas de diversos autores (ella incluida) se ha dirigido hacia los intentos de Bulygin por anclar las categorías del citado libro en una teoría positivista que de cuenta de los ordenamientos normativos (dinámicos) de un Estado contemporáneo. Entre las críticas destacan la atribución a Bulygin de un «positivismo simple» y la oscilación entre «positivista excluyente» en un trabajo

1. Redondo, 2018, p. 137.
2. Redondo, 2018, p. 138.
3. Redondo, 2018, pp. 139-140 y 148.

(«En defensa de El Dorado: respuesta a Fernando Atria») y «positivista incluyente» en otro («El positivismo jurídico»)[4]. Críticas revisadas en este apartado.

1.1. EL POSITIVISMO SIMPLE

Un positivismo simple sostendría que los jueces modifican lo que el derecho establece y/o no acatan lo establecido en las normas cuando se alejan de lo establecido mediante el significado claro de las disposiciones jurídicas. Por consiguiente, al omitir u obviar el núcleo de significado claro de las disposiciones jurídicas los órganos de aplicación se apartan de lo establecido en el derecho. Esto se presenta cuando determinan el contenido del derecho utilizando criterios distintos de los contenidos por las reglas semánticas vigentes de una comunidad lingüística, es decir, se apartan del significado literal o usual de los términos[5]. De ahí que los críticos acusen al positivismo simple de sostener (i) una tesis en oposición con la práctica jurídica, (ii) conservadora en materia de significados o (iii) falsa a la luz de los casos difíciles.

El argumento del contraste con la práctica. Un positivismo simple ignora u omite el hecho de que, en la práctica jurídica contemporánea, los órganos de aplicación consideran a las propiedades valorativas (morales) como parte integrante de lo que el derecho es, de modo que, el contenido de las disposiciones no solo es una función del significado de los textos. Por ende, sería adecuado sostener que un rasgo de la práctica jurídica consiste en considerar como parte del derecho tanto los criterios morales de identificación como los contenidos normativos obtenidos a partir de su aplicación. Así, la reconstrucción del derecho de un positivismo simple es divergente con la práctica, al no dar cuenta de los criterios morales admitidos por ella[6].

El argumento de la objetividad de los significados. Un positivismo simple asume ingenuamente que los textos tienen, al menos, algún significado determinado antes de la atribución realizada por los intérpretes. De otra manera no es posible sostener la diferencia entre la tesis de relevancia e hipótesis de relevancia. Sin embargo, el significado de las disposiciones es un acto discrecional de los órganos de aplicación, el cual de manera contingente tiende a ser conservador, en el sentido de optar por el significado usual u ordinario de los términos. Por ello, para un positivismo simple la tesis de relevancia de un sistema es solo la hipótesis de relevancia de un intérprete[7].

El argumento de ausencia de criterios normativos. Un positivismo simple no entrega una respuesta a qué criterios (sustantivos) se deben considerar para determinar cuáles son

4. Bulygin, 2005a y Bulygin, 2006.
5. Redondo, 2018, pp. 138-143. Sobre positivismo simple y complejo ver Shiner, 1992 y Bayón, 2002.
6. Redondo, 2018, pp. 140-141.
7. Redondo, 2018, pp. 141-142.

las propiedades relevantes en un caso difícil, es decir, cuando el significado convencional de las fuentes conduce a soluciones absurdas o contradictorias. Por consiguiente, frente a este tipo de casos el positivista simple oscilaría entre un formalismo (solo es derecho lo establecido explícitamente por el legislador) y un escepticismo radical (los jueces pueden atribuir cualquier contenido). Inclusive, si es necesario recurrir a criterios normativos o sustantivos para considerar un caso como difícil (injusto o absurdo), el argumento presenta un efecto expansivo[8].

1.2. Entre positivismo excluyente e incluyente

A continuación, partir de distintos textos, Redondo reconstruye una respuesta que Bulygin daría a sus críticos, aunque simultáneamente, la autora critica cada uno de los elementos de esta (posible) respuesta.

La respuesta elaborada por Redondo atribuye a Bulygin el reconocimiento de las convenciones interpretativas vigentes para la determinación del contenido del derecho. Esta atribución tiene un doble fundamento. Por una parte, Bulygin sostuvo que, con independencia de su tipo, no habría razones para que un positivista ignore las convenciones interpretativas imperantes al identificar el derecho[9]. Y, por otra parte, Bulygin distinguió entre la relevancia dependiente de las propiedades expresamente consideradas relevantes por el legislador (R_A) y la relevancia dependiente de las valoraciones implícitas que subyacen a la actividad legislativa (R_B)[10]. Aceptando las dificultades que puede acarrear la determinación de las convenciones o las relevancias, si estas existen se da un núcleo de propiedades incluidas por ellas. Es posible así conocer la tesis de relevancia (como producto) una vez hemos llevado a cabo el proceso interpretativo[11].

Se podría pensar que esta respuesta logra sortear o afrontar los argumentos formulados en contra del positivismo simple, empero, Redondo refuta esta posibilidad desde dos perspectivas. Primero, al adherir a las convenciones interpretativas se debilita la diferencia entre tesis e hipótesis de relevancia, porque si estas convenciones presentan un carácter controvertido o contestable y la identificación del contenido del derecho depende de ellas, la tesis de relevancia pasa a ser controvertida o contestable y, a la vez, identificable de manera cognoscible. Y, segundo, al entender la tesis de la relevancia como un producto del proceso interpretativo ella se vuelve inestable, porque los contenidos relevantes cambian a lo largo del tiempo y, dada la falta de jerarquías entre los criterios interpretativos, la tesis de la relevancia puede ser controvertida y las normas ser genuinamente derrotables[12].

8. Redondo, 2018, p. 142.
9. Bulygin, 2006.
10. Bulygin, 2005a.
11. Redondo, 2018, pp. 143-146.
12. Redondo, 2018, pp. 144-146.

Redondo añade que, si Bulygin desea mantener la idea de una tesis de relevancia descriptiva, debe aceptar que existen «algunos contenidos o casos genéricos claros», cuya identificación no es discrecional por parte de los jueces, y, además, admitir que la tesis de relevancia está conformada solo por ese núcleo de casos claros (propiedades relevantes sobre las cuales no hay desacuerdo). Según Redondo, Bulygin debería también aceptar que no debe variar una tesis de relevancia a la cual están sometidos los jueces, es decir, asumir que ella no cambia según la discrecionalidad del juez de turno[13].

Frente al desafío derivado de estas asunciones, Redondo descarta la posibilidad de una respuesta satisfactoria. Si se cree que a través de las relevancias R_A y R_B se obtiene una tesis de relevancia independiente de los intérpretes (todo quien no es legislador) se rebaja el rol de las convenciones interpretativas, porque solo serían pertinentes en la medida en que sirvan para identificar las relevancias R_A y R_B. Escenario que acerca la posición de Bulygin a un positivismo excluyente y aleja de un positivismo incluyente, porque las convenciones interpretativas no determinarían lo que el legislador quiso regular, sino que su pertinencia deriva de su utilidad para captar lo que el legislador persiguió establecer[14].

Finalmente, en el último apartado del capítulo Redondo sugiere que, con base en las ideas expuestas en un trabajo (2005a), Bulygin puede ser entendido como positivista excluyente; en cambio, con base en otro texto (2006) sería considerado un positivista incluyente. De acuerdo con Redondo, el positivismo excluyente se presenta a través de una tesis conceptual, la cual sostiene que todos los criterios de validez jurídica tienen origen convencional, pero no todo criterio convencional pueden ser criterio de validez jurídica. Por ende, los criterios morales (no convencionales) no sirven para establecer la existencia y el contenido del derecho, porque el propio concepto de derecho establece las restricciones. Y, a su vez, el positivismo incluyente sostiene que los criterios de validez e identificación del derecho son contingentes acerca de un determinado derecho y su verdad o falsedad depende de un determinado derecho[15].

1.3. La crítica al análisis crítico

Como señalé al iniciar este trabajo, hace algunos años, el propio Eugenio Bulygin (2007) formuló una respuesta al análisis crítico realizado por Redondo que hasta aquí he intentado reconstruir en sus aspectos centrales. Por lo mismo, paso a presentar esquemáticamente esta respuesta, la cual constituye una crítica al análisis crítico formulado por Redondo.

En primer y último término, Bulygin cuestiona la importancia de la pregunta que da comienzo al trabajo de Redondo (¿cómo identificar su objeto de estudio?) y considera

13. Redondo, 2018, pp. 146-147.
14. Redondo, 2018, pp. 47-148.
15. Redondo, 2018, pp. 150-151.

que no es claro si el requerimiento está dirigido a entregar criterios que permitan identificar algún derecho positivo, o bien, alguna teoría positivista[16].

En segundo término, considera como no problemático el hecho de que, las definiciones de ciertos conceptos (tesis de relevancia e hipótesis de relevancia) «presupongan» la existencia de un sistema normativo, en el sentido de un conjunto de normas. Al ser definiciones generales, ellas no refieren a ningún derecho en particular, de modo que, el contenido de las normas resulta irrelevante. Por ello, si bien identificar la tesis de la relevancia puede ser una actividad sumamente compleja, esto no obsta a que determinar las normas relevantes para un problema jurídico sea factible. Cotidianamente los juristas realizan esta última actividad, i.e., logran precisar cuál es la tesis de relevancia para ese conjunto de normas[17].

En tercer término, explicita cierta extrañeza al ser categorizado como un positivista simple y la consecuente atribución del significado literal como método para determinar el contenido del derecho, junto con rechazar de manera rotunda dicha atribución. También, rehúsa ser considerado como un positivista «incluyente» y expresa su mayor afinidad con un positivismo «excluyente», aunque no en su versión raziana, porque no comparte su teoría de la autoridad. Así, su distinción entre relevancias R_A y R_B, si bien muestra la preponderancia del legislador, no implica compartir las tesis de Raz y únicamente implica poner límites a la interpretación, en función de la atribución de propiedades relevantes a las normas provenientes de la actividad legislativa[18].

Así, como el propio Bulygin sugiere, queda abierta la posibilidad para proponer una versión alternativa de positivismo jurídico excluyente, quizá, un positivismo de corte bulyginiano que precise su objeto de estudio y presente nociones de carácter racional sin adherir a un positivismo simple[19].

1.4. Un intento de acotar el debate

El trabajo de Redondo puede ser pensado como una entrevista (hipotética) entre ella y Eugenio Bulygin, la cual se estructura sobre tres preguntas y sus posibles respuestas, a saber: (i) ¿qué criterios entrega tu teoría jurídica para la identificación del derecho

16. Bulygin, 2007, p. 201.
17. Bulygin, 2007, pp. 201-203. Esta idea de generalidad puede ser considerada de diversas maneras, sin embargo, parece aconsejable tener presente la propia orientación de «Normative Systems», a saber: «Estas definiciones son generales en el sentido de que son independientes del modelo y también en el de que son aplicables, no ya sólo a las normas jurídicas, sino a cualquier conjunto de normas que califiquen acciones humanas de permitidas, obligatorias o prohibidas» Alchourrón y Bulygin 1974[1971], pp. 49.
18. Bulygin, 2007, pp. 202-203. En este argumento señala explícitamente que en su trabajo «El positivismo jurídico» (2006) dirige diversos argumentos en contra de un positivismo incluyente y, a su vez, que sería erróneo leer su trabajo «En defensa de El Dorado» (2005a) como una adhesión al positivismo excluyente raziano.
19. Bulygin, 2007, pp. 202-203.

(entendido como su objeto de estudio)? (ii) ¿cuáles son los presupuestos de las propuestas desarrolladas en «Normative Systems», en especial, de la distinción entre tesis de relevancia e hipótesis de relevancia?; y, finalmente, (iii) ¿dónde te sitúas dentro del debate entre positivismo incluyente y excluyente?

Como se acaba de presentar, de acuerdo con Redondo, la ausencia de una respuesta a la primera pregunta produce la atribución a Bulygin del siguiente condicional: «Si se sostiene la distinción entre hipótesis de relevancia y tesis de relevancia; entonces, resulta necesario determinar el contenido del derecho utilizando los criterios establecidos por las reglas semánticas vigentes en una comunidad lingüística». De ahí que, como respuesta a la segunda pregunta, se realice la atribución a Bulygin de un positivismo simple, porque en «Normative Systems», él (junto con C. Alchourrón) defiende dicha distinción y su utilidad para la teoría jurídica. Y, la tercera pregunta se aborda mediada la elaboración de respuestas alternativas construidas a partir de algunos trabajos de Bulygin, de modo que, según qué texto se revisa sus planteamientos pueden ser subsumidos como excluyentes (2005a) o incluyentes (2006).

De esta manera, al intentar contestar la entrevista (hipotética) es que elaboro una respuesta bulyginiana, la cual se sustenta en una lectura (alternativa) de «Normative Systems» y una revisión de los trabajos de Bulygin circundantes a «Normative Systems». Y a partir de ambos sustentos, logro explicitar los criterios de identificación del derecho que se encuentran en la teoría de (un joven) Bulygin, los cuales, en la última parte del trabajo, se intenta subsumir en algún tipo de positivismo excluyente.

2. LA POSIBLE RESPUESTA BULYGINIANA

Como un primer paso de la lectura (alternativa) de «Normative Systems» considero relevante recordar algunos conceptos sobre los cuales descansa la distinción entre tesis de relevancia e hipótesis de relevancia, porque en ellos se encuentran algunas claves para reconstruir algunas propuestas del libro, los cuales permiten establecer las bases para un positivismo bulyginiano.

Luego, a diferencia de la estrategia argumentativa seguida por Redondo, en la cual la propuesta crítica se sustenta en trabajos de comienzos del siglo XXI, en este trabajo opto por recurrir a los trabajos elaborados por Bulygin antes de la publicación de «Normative Systems» e inmediatamente posteriores a ella. Esto en razón de que las ideas contenidas en el citado libro, por un lado, constituyen el fruto de un trabajo precedente, en el cual se adoptaron y sentaron sus bases, y, por otro lado, algunas de dichas ideas necesariamente irradiaron a los trabajos sucesivos[20].

De este modo, sin asumir o atribuir a Bulygin una única concepción positivista a lo largo de toda su carrera académica, si la base textual del problema se origina en

20. Esto es sin perjuicio de que, cuando resulta pertinente, intento aludir a trabajos más recientes en los cuales se contienen ideas similares.

«Normative Systems», considero más plausible enfrentar a sus críticos a partir de las ideas que en aquella época se manifiestan más presentes en sus propuestas. Por lo mismo, en un tercer momento, refuerzo la reconstrucción realizada en los pasos anteriores con ideas propiamente contenidas en el citado libro, mostrando cómo una lectura contextualizada lograr explicitar sus criterios de identificación del derecho.

Finalmente, en una sección distinta, a partir de lo señalado en los pasos anteriores, bosquejo algunas ideas acerca de cómo sería esta versión del positivismo excluyente. Teniendo presente las exigencias y propuestas del propio Eugenio Bulygin.

2.1. El origen de la controversia: la tesis y la hipótesis de relevancia

Como es ampliamente conocido, a partir de los distintos sentidos del término «relevancia», Alchourrón y Bulygin diferencian entre tesis de relevancia e hipótesis de relevancia. La primera captura el sentido descriptivo del término y es entendida como la proposición que identifica el conjunto de propiedades «que son» relevantes en relación con un sistema normativo y para un universo de acciones determinados. A su vez, la segunda capta el sentido prescriptivo y es la proposición que identifica el conjunto de propiedades «que debe ser» relevante en relación con un sistema normativo y para un universo de acciones determinados. La primera proposición refiere a un estado de cosas, que de hecho se da, según el cual el caso en cuestión y su clase complementaria tienen diferente estatus normativo. En cambio, la segunda afirma que debe o debería darse un estado de cosas según el cual el caso en cuestión y su clase complementaria deben tener diferente estatus normativo[21].

De esta manera, el universo de propiedades relevantes (UPR) se presenta cuando el universo de propiedades (UP) satisface la tesis de la relevancia de un sistema normativo (Sn) para un universo de acciones (UA) y el universo de casos relevantes (UCR) se presenta por la división formada por todas las propiedades del UPR respecto de un Sn y un UA. Los autores señalan como ejemplo:

> «En el modelo del Capítulo I el UP formado por las propiedades de buena fe del enajenante (BFE), buena fe del adquirente (BFA) y título oneroso (TO), satisface la tesis de relevancia de los sistemas S_1 a S_4, pues éstas son todas las propiedades relevantes (para el UA del modelo y para los sistemas considerados). Por lo tanto, el Universo de Casos construido a partir de este UP es el UCR» (1974[1971], pp. 156)

Esto redirige la cuestión hacia la pregunta en torno a ¿cómo determinar las propiedades y su relevancia?, para lo cual es necesario retomar algunas de las explicaciones entregadas en la primera parte del libro («La lógica de los sistemas normativos») en relación con el problema normativo, el ámbito fáctico, el ámbito normativo y el sistema normativo.

21. Alchourrón y Bulygin, 1974[1971], pp. 153-155.

Problema normativo. El modelo propuesto por los autores surge a partir de un problema normativo, el cual es entendido como una «pregunta» acerca del «estatus normativo» de ciertas «acciones o conductas». En relación con la determinación de la pregunta y su plausibilidad, los autores únicamente ejemplifican y justifican su pertinencia a partir de una alusión genérica a su comunidad jurídica. En sus palabras:

> «…hemos elegido un típico problema normativo, muy debatido en el Derecho Civil argentino. Es el problema de la reivindicación de cosas inmuebles contra terceros poseedores. El problema surge cuando una persona que posee un inmueble –cuya propiedad no le pertenece– lo transfiere –a título oneroso o gratuito– a un tercero. La cuestión que se plantea entonces es […] ¿en qué circunstancias el tercero adquirente está obligado a restituir el inmueble a su propietario y cuándo le está permitido retenerlo?» (Alchourrón and Bulygin, 1974[1971], pp. 32)

Formulada la pregunta, la cuestión a resolver está relacionada con las circunstancias en las cuales el actuar del tercero (restituir) resulta obligatorio. La determinación del estatus normativo (permitido, obligatorio o prohibido) de la conducta es realizada dentro de un conjunto de situaciones o estados denominado «universo del discurso» (UD), el cual está determinado por una «propiedad definitoria», porque los estados de cosas son los elementos del UD que comparten dicha propiedad común (definitoria). En el ejemplo del derecho argentino, esta propiedad definitoria es una enajenación de un inmueble que pertenece a un tercero y el UD es un estado de cosas en que una persona transfiere (enajenante) a otra (adquirente) la posición de un inmueble que pertenece a una tercera persona. No obstante, como igualmente se deben considerar las acciones a realizar por el tercero, un conjunto finito de acciones básicas constituye el universo de acciones (UA), a partir del cual todas las otras son compuestos veritativo-funcionales. En el ejemplo utilizado la restitución es la única acción básica, de modo que, el UA es un conjunto unitario[22].

Por consiguiente, la identidad del problema normativo depende del UD y el UA, en el sentido de que cualquier cambio en alguno de ellos arroja un problema diverso y si el UD permanece estable la identidad del problema descansa en el UA[23]. Si bien el «ámbito del problema» está fijado por el UD y el UA, es indudable que tanto el UD como el UA (incluida la propiedad definitoria) descansan en la presentación del problema, es decir, la nomenclatura (UD, UA y propiedad definitoria) contribuye a presentar con mayor claridad una situación previamente identificada como un problema jurídico.

Ámbito fáctico. Ante la pregunta acerca de ¿cuáles son las circunstancias fácticas relevantes para responder el problema?, los autores señalan que:

> «La respuesta a esta pregunta depende de nuestra valoración de las distintas circunstancias que deberían ser tomadas en cuenta. Obviamente, no todas las circunstancias posibles son

22. Alchourrón y Bulygin, 1974[1971], pp. 32-33.
23. Alchourrón y Bulygin, 1974[1971], pp. 33.

> relevantes para nuestro problema, pero la selección de las circunstancias o propiedades relevantes es un problema valorativo. Si ciertas propiedades parecen ser totalmente irrelevantes para el problema (como, por ejemplo, el color de la piel del propietario o el tamaño de su nariz), ocurre ello así solamente porque existe un consenso más o menos unánime (en un determinado grupo social) acerca de ciertos valores. Pero esto es un hecho meramente contingente. Una ley que hiciera depender la procedencia de la acción reivindicatoria del color de la piel del propietario nos parecería violentamente injusta, pero no quedaría con ello excluida la posibilidad de que en otras latitudes (o en otras épocas) tal ley pudiera parecer perfectamente razonable.» (Alchourrón y Bulygin, 1974[1971], pp. 33)

Y a partir únicamente de esta alusión a «un relativo consenso en materia valorativa» y «lo establecido en la ley» los autores consideran como relevantes para el problema en cuestión: la buena fe del adquirente (BFA), la buena del enajenante (BFE) y el título oneroso del acto de enajenación (TO). Estas se convierten en propiedades de los elementos del UD y su conjunto conforma el universo de propiedades (UP), porque el conjunto de propiedades que pueden estar presentes o ausentes en los elementos de un UD se denomina UP[24].

Toda propiedad de los elementos de un UD y su compuesto veritativo-funcional define un «caso (posible)»; en cambio, un caso es «elemental» cuando la propiedad definitoria es una conjunción de todas las propiedades del UP o sus negaciones y, en caso contrario, el caso será complejo. De esta manera, el universo de casos (UC) se integra por el conjunto de todos los casos elementales correspondientes a un UP. De ahí que, el ámbito fáctico se constituya por el conjunto de todos los casos posibles, aunque los autores únicamente consideren los casos elementales, porque las propiedades «más fuertes» pueden definirse en términos de UP[25].

Si los casos son determinados por combinaciones de propiedades estás deben ser lógicamente independientes entre sí, lógicamente independientes de las propiedades que caracterizan a las conductas del UA y cada uno de los elementos del UD puede tener cada una de las propiedades del UP. Además, se asume que los casos pueden ejemplificarse en la realidad, es decir, no son lógicamente contradictorios ni tampoco necesarios[26].

El concepto de casos siempre se define en relación con las propiedades del UP y el concepto de caso elemental como la conjunción de cada una de las propiedades del UP. Esto último implica asumir el carácter finito de las propiedades, a menos que, el

24. Alchourrón y Bulygin, 1974[1971], p. 34. Se debe recordar que, la presencia o ausencia de propiedades únicamente alude al hecho de que las propiedades pueden presentarse o no en los elementos o estado de cosas que integran el UD y cuando no se presentan se instanciaría la propiedad complementaria de la propiedad aludida. Así, en el ejemplo en comento, son propiedades complementarias: mala fe adquirente (¬BFA), mala fe enajenante (¬BFE) y título gratuito (¬TO). Del hecho de que las propiedades dividan los elementos del UD en dos clases (presentes o ausentes) se sigue que la determinación del UC sea 2 elevado al UP. Ver Alchourrón y Bulygin, 1974[1971], pp. 34-35.
25. Alchourrón y Bulygin, 1974[1971], pp. 34-35.
26. Alchourrón y Bulygin, 1974[1971], pp. 54-52.

UC sea definido en términos del conjunto de casos que forman una división. Esta última se entiende como el conjunto de propiedades o predicados que las designan, el cual es caracterizado por ser lógicamente disyunto (todo elemento del UD tiene necesariamente alguna de las propiedades del conjunto), lógicamente excluyente (las propiedades son mutuamente excluyentes por razones lógicas) y lógicamente no vacío (ninguna propiedad es lógicamente imposible)[27].

Adicionalmente, la determinación del ámbito fáctico se configura a partir de la distinción entre caso individual y caso genérico. Un caso individual es una situación o acontecimiento que produce en una determinada ocasión y un caso genérico es todo subconjunto del UD definido por una propiedad y también la propiedad definitoria de la subclase. Así, los primeros son los elementos del UD y los segundos son subclases del UD, o bien, casos del UC, de modo que, la solución de todos los casos genéricos del UC soluciona también todos los casos individuales del UD[28].

La importancia de la distinción y su vinculación con el UD y el UC se manifiesta a través de la caracterización de los casos elementales y la distinción de tres sentidos del término «laguna». Los casos elementales de un UC deben ser mínimos en el sentido de no admitir subdivisión ulterior, ser mutuamente excluyentes porque ningún caso individual puede pertenecer a más de un caso del UC conjuntamente y tener un carácter conjuntamente exhaustivo de los elementos del UD (casos individuales)[29].

A partir de lo anterior, los autores caracterizan la función legislativa como aquella realizada a través de la dictación de normas generales, es decir, enunciados que correlacionan uno caso genérico con una solución. Si la actividad legislativa no está destinada a (ni siquiera tiene la necesidad de) dictar normas para los casos individuales, un legislador puede solucionar un número infinito de casos individuales mediante un número finito de normas generales e inclusive solucionar todos los casos de un UD cuando clasifica el UD a través de un UC y entrega una solución a cada caso genérico de este último. El carácter infinitamente variable de la realidad pierde relevancia para el problema de las lagunas (normativas) tanto como los problemas de subsunción, porque el caso puede estar solucionado por el sistema y no saber cómo lo está, o bien, las reglas del sistema no entregar su resolución[30].

Ámbito normativo. Frente a la pregunta sobre ¿cuál es la solución para los casos identificados?, el ámbito de todas las respuestas posibles constituye el ámbito normativo. Este se determina por la vinculación de contenidos normativos con caracteres normativos, de modo que, todas las acciones de UA y todo compuesto veritativo-funcional de tales acciones se relacionan con los operadores permitido P, obligatorio O, prohibido Ph

27. Alchourrón y Bulygin, 1974[1971], pp. 55-57.
28. Alchourrón y Bulygin, 1974[1971], pp. 58-59.
29. Alchourrón y Bulygin, 1974[1971], p. 60. Esta última distinción contribuye a evitar confunsiones al posibilitar la diferenciación entre laguna de conocimiento, de reconocimiento y normativa, ver Alchourrón y Bulygin, 1974[1971], pp. 60-64.
30. Alchourrón y Bulygin, 1974[1971], pp. 64, 68, 69 y 89.

y facultativo F para formar las soluciones. Por ejemplo, en el caso en estudio, como la única acción es la reivindicación R hay dos contenidos normativos ¬R y R a partir de los cuales se forma PR, OR, PhR y FR. Cuando una solución determina todos los contenidos del UA se está ante una solución maximal S_{MAX} y toda solución que no es S_{MAX} constituye una solución parcial. El conjunto de todas las S_{MAX} es el universo de soluciones maximales US_{MAX} y determina el ámbito normativo del problema, v.gr., según el ejemplo, el US_{MAX} = {OR, PhR y FR} (Alchourrón and Bulygin 1974[1971], 36-37).

Sistema normativo. En esta teoría los sistemas normativos son conjuntos de normas y las normas son enunciados o expresiones lingüísticas que correlacionan casos con soluciones. Siguiendo a los autores, los términos «casos» y «soluciones» deben ser entendidos en los sentidos previamente individualizados, es decir, casos como la situación o estados de cosas en que se presenta o no una o más propiedades relevantes y solución como la relación entre las acciones del UA y algún operador deóntico[31].

En consecuencia, Alchourrón y Bulygin (1974[1971], pp. 38-41) sugieren como primera ejemplificación de un sistema normativo una interpretación posible (imaginaria) de ciertos artículos del Código Civil de Freitas[32] a partir de los cuales extraen las normas que integran el Sj_1 {N_1 OR/¬BFE, N_2 OR/¬BFA, N_3 OR/¬TO, N_1 FR/BFA.BFE.TO} y construyen el gráfico representativo del sistema o matriz vinculando normas con casos.

La explicación gráfica a partir de la matriz tendría la ventaja de explicitar todas las soluciones deducibles de las normas mostrando con claridad las propiedades del sistema, pero su alcance resulta ser más modesto, porque las normas solo se pueden obtener a partir de la detección de ciertas propiedades previamente establecidas en algunos fragmentos igualmente preseleccionados de las formulaciones normativas proporcionadas por el legislador. Por ende, surgen dos preguntas una vinculada con el «origen de las propiedades» y otras relacionada con el «criterio de selección de los fragmentos de artículos». Ambas explícitamente reconocidas por los autores:

> «…nuestra tesis es mucho más cautelosa: sólo decimos que los arts. 2777 y 2778, interpretados de una manera determinada (como normas N_5 y N_3), no contemplan ciertos casos y, por lo tanto, el sistema formado por estos dos artículos tiene lagunas. Es muy posible que si el sistema S_4 se integrara con alguna otra norma (por ejemplo, con alguna otra disposición del Código), las lagunas desaparecerían. Pero entonces se trataría de otro sistema distinto.

31. Alchourrón y Bulygin, 1974[1971], pp. 37-38.
32. A saber: «Art. 3877 inc.2.º: «Compete la reivindicación, cuando la cosa demandada, fuere inmueble… contra el actual poseedor, aunque la hubiese de buena fe por título oneroso, si la hubo de enajenante de mala fe…»; art. 3878: «Compete la reivindicación, ya sea mueble o inmueble la cosa demandada… inc. 2.ª: «Contra el actual poseedor, que de mala fe la hubo de enajenante obligado a restituirla al reivindicante.», inc. 3.º: «Contra el actual poseedor, aunque la hubiese de buena fe de enajenante de buena fe, si la hubo por título gratuito…»; art. 3882, inc.1.º: «Tampoco compete la reivindicación, ya sea mueble o inmueble la cosa demandada, contra el poseedor de buena fe que la hubo por título oneroso de enajenante de buena fe…»»

> Esto muestra la importancia de ponerse de acuerdo acerca de qué normas (es decir, acerca de qué sistema normativo) se está hablando cuando se afirma o se niega la existencia de lagunas.» (Alchourrón y Bulygin, 1974[1971], p. 47).

Estas matizaciones se ven acentuadas al revisar la selección realizada de ciertos artículos del Código de Freitas e inclusive no considerarlos en su totalidad, sino solo algunos fragmentos de ellos e incluso omitir completamente del análisis elementos (posibles propiedades) que se desprenden de la mera lectura de los artículos como el carácter mueble o inmueble de la cosa objeto de la reivindicación. En otras palabras, el carácter cauteloso de la tesis entrega una cuádruple precisión: (i) la determinación de ciertos artículos; (ii) la selección de ciertos fragmentos textuales de dichos artículos; (iii) la explicitación de las normas expresadas o atribuidas a dichos fragmentos normativos; y (iv) la construcción de un sistema determinado con base en dichas normas[33].

En resumen, para efectos de este artículo considero importante enfatizar tres consideraciones. Por un lado, tenemos que en relación con el «problema normativo» su plausibilidad se determina a partir de lo sostenido por los operadores jurídicos de la comunidad relevante. Por otro lado, respecto del «ámbito fáctico» la identificación de las propiedades de los estados de cosas de un UD se determina a partir del consenso valorativo y lo establecido en la ley. Y, finalmente, en relación con el «sistema normativo» la determinación de las normas que lo integran no depende únicamente de la formulación normativa elegida por el legislador, sino que está condicionada por las propiedades previamente identificadas, las cuales condicionan «la selección de ciertos fragmentos del discurso del legislador» a los cuales se vincula con algún contenido normativo[34].

Si la construcción teórica descansa en la noción de propiedad y esta presenta una marcada deferencia hacia la práctica jurídica, las tres consideraciones recién señaladas resultan claves para explicitar los conceptos sobre los cuales descansa la distinción entre tesis de relevancia e hipótesis de relevancia, junto con cimentar la reconstrucción de algunas propuestas del libro. Por lo mismo, estos conceptos también son claves para establecer las bases para un positivismo bulyginiano.

2.2. Algunos presupuestos de «Normative Systems» a partir de su contexto

Si el análisis de la sección precedente resulta plausible, al explorar en los trabajos circundantes a «Normative Systems» se debe buscar cuál era la posición de Bulygin en

33. Se corrobora esta visión a partir de la lectura de aquellas páginas del libro donde presentan los argumentos esbozados por los juristas argentinos, en concreto, cuando se alude a la posición de Dassen, Allende y Molinario, ya que en ninguno de dichos casos se otorga alguna relevancia, por ejemplo, al carácter mueble o inmueble del objeto reivindicado.
34. En relación con este punto, como señalaré más adelante, esta reconstrucción de «Normative Systems», es parcialmente distinta de la sostenida por el propio Bulygin en un trabajo más reciente (2005a, pp. 80-81). Ahí él sugiere como candidatos para determinar la relevancia de las propiedades únicamente al legislador (autor de normas) e intérprete (cualquier persona).

torno a las nociones de (i) norma/fuente y (ii) comunidad/dogmática jurídica, pues a partir de ellas se puede descifrar su posición positivista (quizá ese positivismo excluyente alternativo al cual alude en su respuesta a Redondo) y, especialmente, responder las interrogantes en torno a las propiedades y la selección de fragmentos de disposiciones al momento de elaborar un sistema normativo.

Una razón teórica adicional para centrar el análisis en los trabajos del joven Bulygin (1961-1976) está en el tránsito desde una reconstrucción estática hacia una propuesta dinámica de los sistemas jurídicos, el cual tendría como puntos de inflexión los conocidos trabajos sobre la indeterminación lógica del sistema y el concepto de orden jurídico[35]. Cambio que necesariamente implica un acercamiento teórico distinto al fenómeno jurídico[36].

Normas/fuentes. En sus primeros trabajos, Bulygin (1961, pp. 37-39) rechaza la idea de que ciertos hechos sean especialmente aptos para producir efectos jurídicos, ya que cualquier hecho puede ser fuente de las obligaciones en la medida en que una norma del derecho positivo (general o individual) lo mencione como antecedente de determinadas consecuencias jurídicas. Por ejemplo, un hecho cualquiera solo necesita el reconocimiento normativo para ser considerado fuente de las obligaciones, con independencia de si tales normas se originan en un órgano estatal o en la costumbre.

Esto lleva a preguntar por el origen de las normas de derecho positivo, sea de órganos del estado o la costumbre, tengan un carácter general o individual. Cuestión que puede ser abordada a partir de una diferenciación entre las principales propiedades atribuidas a las normas, con especial atención a la noción de validez.

Bulygin sugiere que un adecuado análisis de las normas requiere una clara distinción entre obligatoriedad, vigencia, eficacia y validez. La primera se predica cuando una autoridad tiene el deber de aplicarla, el cual es prescrito por otra norma. La segunda se presenta cuando es posible afirmar que una norma sería aplicada si se presentan determinadas condiciones para su aplicación. Y la eficacia aparece cuando los sujetos a quienes está destinada obedecen la norma[37].

En relación con la validez se presentan dos niveles. Por un lado, una norma es válida cuando es dictada por autoridad competente, es decir, hay una norma superior que faculta a la autoridad a dictar dicha norma[38]. Y, por otro lado, la validez del derecho positivo es dependiente de un determinado criterio, es decir, cada vez que se habla de norma valida se asume algún criterio de validez. De modo que, dentro de una concepción positivista, dicho criterio es relativo a una comunidad (tiempo y lugar) y a quienes

35. Aludo a Alchourrón y Bulygin, 1977[1975] y Alchourrón y Bulygin, 1976.
36. Esta precisión adicional se vincula directamente con el desafío presentado por Redondo (2018, pp. 139 y 148), porque en su trabajo insta a Bulygin a dar cuenta de los sistemas jurídicos con los que trabajan los jueces, esto es, tanto un sistema normativo momentáneo como un sistema normativo dinámico.
37. Bulygin, 1991[1966], pp. 63-64. Es interesante destacar como Bulygin mantiene su noción de vigencia en Bulygin, 2005b.
38. Bulygin, 1991[1966], p. 63.

dentro de ella aceptan el criterio. De ahí que la existencia y el contenido del criterio de validación sea una cuestión fáctica[39].

Respecto del origen de las normas de derecho positivo, no es controvertido asumir (o atribuir a Bulygin) que ellas pueden provenir de la legislación y/o la costumbre (1961; 1991[1966]). Sin embargo, un papel más controvertido puede tener el análisis de las normas de origen judicial, porque Bulygin (1991[1966], p. 360) considera que las resoluciones judiciales deben estar fundadas o justificadas en normas preexistentes (sean legisladas o consuetudinarias), pero no descarta la creación judicial de derecho cuando se esté en presencia de un caso en que no haya norma aplicable, por ejemplo, a través del argumento analógico.

Para desentrañar la controversia es importante diferenciar entre el cumplimiento y el uso de las normas jurídicas. En el primer caso ellas se obedecen y en el segundo son empleadas para justificar o criticar una acción. Si bien los usos de las normas pueden ser múltiples, tiene especial relevancia su uso en la fundamentación de las decisiones judiciales. Así, una primera distinción se presenta entre el acatamiento y el uso que realiza un juez cuando redacta una sentencia, es decir, al dictar sentencia obedece la norma que lo obliga a sentenciar, pero las normas que aplica en su decisión son usadas no obedecidas[40].

Como un tipo de uso de las normas, la acción de justificar una decisión consiste en construir una inferencia lógica válida entre cuyas premisas figura una norma general (o conjunto de ellas) y cuya conclusión es la decisión[41]. En general, la decisión está justificada cuando constituye un caso de aplicación de la norma general y, en términos más específicos, está justificada cuando dicha norma general es jurídica y la fundamentación se complementa con las circunstancias del caso y/o postulados de significación (definiciones)[42].

De ahí que el carácter de precedente de una decisión judicial derive de las normas generales y las definiciones utilizadas dentro de sus premisas y no de la norma individual contenida en su parte resolutiva. Si esta última puede ser inferida directamente, i.e., está lógicamente implicada en sus premisas (norma general, definición y circunstancias del caso), ella no es una nueva norma. Una nueva norma es creada solo cuando su contenido no es idéntico al de alguna otra norma perteneciente al mismo orden jurídico ni es consecuencia lógica de otras normas[43].

39. Bulygin, 1964, pp. 30-31.
40. Bulygin, 2015[1965]: 42-43. Esta distinción asume un concepto restringido de «norma» como únicamente aquellas que prescriben obligaciones o prohibiciones y se diferencian de las «reglas» como aquellas que establecen directivas en el sentido de reglas de un juego o gramática. Si bien ambas pueden ser usadas, solo las primeras pueden ser obedecidas, ver Bulygin, 2015[1965], p. 43. Igual concepto de norma se encuentra en, Alchourrón y Bulygin, 1974[1971], pp. 96-100 y 119-120.
41. Siguiendo a von Wright (1963), se entiende por norma general aquellas que en relación con la ocasión o el sujeto son generales.
42. Bulygin, 1991[1966], pp. 356-357.
43. Bulygin, 1991[1966], p. 358.

Por lo mismo, si bien toda resolución requiere de un acto de voluntad del juez, no es adecuado aplicar este criterio (voluntarista) para determinar la creación de una norma, aunque toda formulación de norma requiere un acto de voluntad, porque en los casos de sentencia justificada la norma individual, al derivarse de la norma general, no es una nueva norma[44]. Idéntico razonamiento puede aplicarse a los enunciados judiciales que solo persiguen delimitar el significado normativo de las disposiciones, sean entendidos como postulados de significación o definiciones.

Los postulados de significación o definiciones derivan de los rasgos característicos del lenguaje ordinario, porque este es utilizado para formular normas jurídicas y las palabras empleadas en dicha formulación presentan un núcleo de significado más o menos claro. Por ende, pese a su carácter borroso, es posible diferenciar entre los casos en que los jueces solo intentan delimitar dicha área de significación, donde su actuar no sería arbitrario, y los casos donde modifican dicho núcleo de significación, produciendo (eventualmente) una nueva norma[45].

Así, considerando a la vigencia como una condición necesaria de la existencia de las normas, Bulygin no tiene inconvenientes en considerar como normas jurídicas a las de creación judicial que tienen el carácter de generales y nuevas. Si bien no hay problema en calificarlas de jurídicas a las normas vigentes, las normas no vigentes adquieren su carácter jurídico al servir (eventualmente) de fundamento a otras normas que pueden ser obligatorias. De ahí el carácter de fuente del derecho de la actividad judicial, en el sentido de creación de normas, sin olvidar su rol en la delimitación de los conceptos jurídicos[46].

Si la jurisprudencia es entendida como el conjunto de normas vigentes creadas por los jueces, únicamente se requiere para su consideración que existan buenas razones para afirmar que una norma (jurisprudencial) sería aplicada en caso de presentarse la correspondiente ocasión para considerarla vigente y, consecuentemente, fuente de derecho. Inclusive los postulados de significación o definiciones emanados de la judicatura pueden adquirir vigencia cuando haya buenas razones para creer que serán utilizados por los jueces. En ambos casos, al adquirir vigencia pasan a integrar el orden jurídico, cuestión que es clave al momento de elaborar algún sistema normativo[47].

En palabras de Bulygin:

> «Esto pone de manifiesto la insuficiencia de la definición tradicional de orden jurídico como conjunto de normas; tanto las normas, como las definiciones forman parte del derecho. La

44. Bulygin, 1991[1966], p. 360. Un rechazo a la concepción voluntarista de las normas también se encuentra en Bulygin, 2005b, pp. 78-81.
45. Bulygin, 1991[1966], p. 359.
46. Bulygin, 1991[1966], p. 367-368.
47. Bulygin, 1991[1966], p. 369.

jurisprudencia es fuente de derecho en el sentido de que los jueces contribuyen a la creación de normas jurídicas y a la definición de los conceptos jurídicos» (1991[1966], p. 369)[48].

Comunidad/dogmática jurídica. Bulygin considera que la distinción entre normas y proposiciones normativas (jurídicas) se basa en su diferente función. Por un lado, el legislador crea normas para prescribir determinados comportamientos y, por otro lado, la ciencia jurídica describe las normas legisladas para dar a conocer el derecho[49].

Las proposiciones normativas versan sobre hechos, ya sea porque la existencia o validez de una norma es un hecho (social), o bien, porque su alcance o significado también es un hecho (lingüístico). Por ende, la ciencia jurídica tiene como propósito determinar los hechos que producen la existencia de las normas y delimitar el significado de las expresiones utilizadas por el legislador y otros términos jurídicos. Por lo mismo, las proposiciones normativas son particulares y no generales, porque su objeto son normas concretas, aunque la norma descrita pueda ser universal[50].

En su carácter descriptivo, las proposiciones jurídicas son objetivas en el sentido de que su valor de verdad no depende de la persona que las formula. Si ellas persiguen capturar cuál es el contenido del derecho, toda formulación seria de una proposición jurídica presupone el uso de algún criterio. Así, la verdad o falsedad de una proposición jurídica es relativa a un «criterio de identificación del derecho válido» e igualmente relativo al sistema normativo de un momento determinado[51].

Este carácter descriptivo de las proposiciones jurídicas o normativas no excluye el hecho de que la ciencia jurídica formule otro tipo de enunciados, v.gr., de carácter resolutivo o propositivo. Por ejemplo, cuando no se limitan a determinar el significado común de los términos en uso, sino a modificar este por alguna consideración de otro orden, como puede ser su armonización con el resto del ordenamiento. Sin embargo, estos enunciados no adquieren un carácter normativo, porque el único deber ser prescriptivo emana de las normas jurídicas[52].

Bulygin no tiene inconvenientes en asumir que la actividad de la ciencia jurídica no es exclusivamente descriptiva. Sin embargo, cuando detenta este carácter (descriptivo) y persigue presentar el contenido de un derecho, debe ajustarse al criterio de

48. En un trabajo posterior, esta idea se encuentra, específicamente, en relación con la noción de sistema jurídico utilizado en «Normative Systems»: «Esta definición de "sistema jurídico" no prejuzga sobre el número y el origen de las normas que se elijan como base axiomática; puede tratarse de normas legisladas o consuetudinarias, extraídas de sentencias judiciales o de escritos dogmáticos y puede tomarse como base del sistema cualquier conjunto de normas» (Bulygin, 1991, p. 258). Como él mismo señala unas páginas más adelante del mismo trabajo, esto solo incluiría a normas generales, no a las normas individuales que emanan de las sentencias judiciales (1991, p. 262).
49. Bulygin, 1991[1961], p. 333.
50. Bulygin, 1991[1961], p. 336-338.
51. Bulygin, 1976, p. 34.
52. Bulygin, 1991[1961], p. 338.

identificación del derecho válido, el cual es relativo a una comunidad o sistema determinado. Dicho criterio determinará la verdad o falsedad de las proposiciones jurídicas[53].

Además, entendida como una actividad racional, la ciencia jurídica tiene por propósito controlar la corrección (validez) de las inferencias normativas realizadas por los órganos de aplicación, sean jurisdiccionales o administrativos[54]. Actividad que deriva tanto de la ausencia de procedimientos lógicos que permitan inferir una determinada proposición de una o un conjunto de proposiciones como de la noción de justificar, entendida como inferir lógicamente la decisión de una norma o conjunto de normas. Noción esta última que redirige hacia la función descriptiva, porque el conocimiento de las normas es clave para que operadores jurídicos puedan justificar sus decisiones[55].

Así, una función central de la ciencia jurídica es la descripción del derecho vigente y esta se manifiesta a través del hecho de que en una mayoría de casos los juristas realizan afirmaciones sobre el derecho presente. En general, cuando se sostiene que «la norma A está vigente», solo se realiza una predicción de la propiedad disposicional de A de ser aplicada en determinadas circunstancias. No obstante, Bulygin sugiere ampliar la noción de vigencia y no reconstruirla únicamente a partir de la actividad realizada por los órganos oficiales de aplicación de normas, porque no son los únicos que usan las normas para justificar sus acciones. Asumiendo así que la obligatoriedad no es un criterio característico del derecho[56].

En definitiva, para efectos de este artículo considero importe resaltar algunas ideas del joven Bulygin. En relación con las fuentes de derecho positivo, admite como tales a la jurisprudencia, la legislación y la costumbre. Por consiguiente, las normas emanadas de cualquiera de ellas pueden integrar el derecho. Sin embargo, su propuesta va más allá, porque dado el fuerte componente relacional (contextual) que otorga a la noción de validez, más bien dependerá de cada comunidad jurídica cuáles son las fuentes de derecho en un momento determinado. La manera en que presenta el carácter relacional de la noción de validez lo habilita a sostener que, respecto de su contenido y existencia, el criterio de validez de una comunidad presenta un carácter fáctico.

Cuestión está última estrechamente vinculada con la actividad de los operadores jurídicos (en sentido amplio) y las funciones realizadas por la dogmática jurídica. La justificación de cualquier decisión requiere el conocimiento del derecho, el cual es

53. Bulygin, 1991[1963], p. 342.
54. A lo cual se podría añadir sin problemas, revisar la corrección de las inferencias normativas realizadas por otros dogmáticos.
55. Bulygin, 1991[1963], pp. 350-351.
56. Bulygin, 1991[1963], pp. 346 y 352 y Bulygin, 1991[1966], p. 367). En este periodo, al caracterizar la actividad de la ciencia jurídica y sus enunciados, Bulygin utiliza la distinción entre lenguaje y metalenguaje. Las proposiciones jurídicas o normativas constituyen un metalenguaje cuyo lenguaje objeto es el lenguaje del legislador, es decir, el lenguaje del legislador tiene por objeto determinadas conductas y el lenguaje de los juristas tiene por objeto las normas jurídicas contenidas en las expresiones lingüísticas utilizadas en el lenguaje del legislador. Por ejemplo, «la norma "se debe hacer A" es válida o existe en un derecho determinado», en Bulygin, 1991[1961], p. 337.

presentado por la ciencia del derecho a luz de las nociones de validez y vigencia. Así, si bien la presentación del contenido de un derecho debe ajustarse al criterio de identificación del derecho válido, dentro de este conjunto, se debe prestar especial atención a aquellas normas que tienen la propiedad disposicional de ser aplicadas en determinadas circunstancias[57].

Así, la posición defendida en relación con los tópicos fuentes/normas y comunidad/dogmática jurídica resulta acorde y complementaria con lo señalado en «Normative Systems» sobre el rol de los operadores jurídicos de la comunidad relevante en la determinación del problema normativo y el papel desempeñado por la conjunción entre el consenso valorativo y lo establecido en la ley para delimitar el ámbito fáctico, especialmente, las propiedades de los elementos del UD.

2.3. La identificación del objeto de estudio a partir de la lectura contextualizada

Queda por determinar en qué medida en el propio «Normative Systems» se encuentran algunas ideas desarrolladas en las secciones precedentes. Primero, en torno a cómo identificar el derecho o qué identificar como tal (vinculado con la sección 2.2) y segundo acerca de cómo construir un sistema jurídico (relacionado con la sección 2.1.).

Qué identificar como derecho. En línea con lo señalado en los apartados precedentes, los autores adhieren a una visión relacional o contextual del criterio de validez y sostienen que llamarán válidos a los enunciados de derecho que los juristas aceptan como admisibles para integrar la base de un sistema jurídico. De modo que, la base de un sistema jurídico puede estar integrada por el conjunto de enunciados que satisfacen los criterios de identificación que «los juristas usan» para identificar los enunciados de derecho que tienen el carácter de válidos[58]. En consecuencia, la noción de validez es relativa a un criterio o conjunto de criterios, el cual está conformado por la práctica vigente de los juristas.

Dichos criterios contienen reglas que establecen las condiciones bajo las cuales un enunciado es válido (reglas de admisión) y deja de serlo (reglas de rechazo). Las primeras aluden a las fuentes de derecho y las segundas a los mecanismos de exclusión. Generalmente, dentro de las primeras están la ley, la jurisprudencia y la costumbre, entre otras; mientras que, en las segundas se presenta la derogación y la desuetudo junto a

57. Sobre la verificación de esta propiedad disposicional (vigencia), Bulygin (2015[1965], p. 49) expresamente ha señalado: «Questioning the meaning of the proposition "*N* is efficacious" must not be confused with questioning its verification, although the issues are related. As an empirical, general statement, this proposition cannot be completely verified, but, rather, can only be confirmed to a certain degree on the basis of experience, where observations of the actual behaviour of judges play a decisive role». Hay que recordar que en estos trabajos Bulygin utiliza «efficacious» como sinónimo de «vigente» (2005b, p. 77).

58. Alchourrón y Bulygin, 1974[1971], pp. 118-119.

otras. De esta manera, la filosofía del derecho debe elucidar los criterios de identificación que los científicos «usan» de hecho para identificar los enunciados de derecho válidos, es decir, los criterios efectivamente «vigentes» en una comunidad dada[59].

Por consiguiente, el ordenamiento jurídico está formado por el conjunto de todos los enunciados válidos conforme a un cierto criterio de identificación. La unidad del ordenamiento depende de este criterio. Si el ordenamiento puede ser entendido como un tipo de sistema que contiene todos los enunciados válidos, la noción de sistema permite igualmente capturar la actividad de sistematizar un subconjunto de enunciados del ordenamiento, v.gr., aquellos enunciados válidos relevantes para una materia. Situación esta última la más recurrente entre los juristas, quienes desean determinar las consecuencias normativas para una determinada materia[60].

Así, aquello que cuenta como derecho depende de satisfacer un determinado criterio o un conjunto de criterios conformado por la práctica en uso de los juristas. De este modo, aquellos enunciados que cumplen dichos criterios serán considerados válidos y, consecuentemente, susceptibles de integrar la base del sistema jurídico, en conjunto con sus consecuencias.

Cómo empezar un sistema. Si bien la elección de la materia depende de los intereses de quien vaya a construir el sistema (v.gr., acción reivindicatoria), la selección de los enunciados no descansa únicamente en su voluntad. Los enunciados que integran la base del sistema jurídico deben ser de «derecho válido» y dentro de este conjunto se considera a aquellos que tienen consecuencias normativas dentro de la materia elegida[61].

59. Alchourrón y Bulygin, 1974[1971], pp. 119-121. Pese a su cercanía con la práctica jurídica, la propuesta de «Normative Systems» no se debería vincular con una (simple) descripción de aquello que hacen los juristas, ya que únicamente pretende reconstruir algunos ideales de la ciencia jurídica, especialmente, en relación con la metodología jurídica el estudio de los pautas y procedimientos (reconstruidos racionalmente) utilizados por los juristas para justificar sus aserciones, ver Alchourrón y Bulygin, 1974[1971], p. 25.

60. Alchourrón y Bulygin, 1974[1971], p. 122. Como sea señalado, en trabajos posteriores (Alchourrón y Bulygin, 1977[1975] y Alchourrón y Bulygin, 1976), los propios autores argentinos formulan y desarrollan la distinción entre «orden jurídico» y «sistema jurídico» para capturar el carácter dinámico del derecho a partir de la distinción raziana entre sistemas momentáneos y no-momentáneos (igual explicitación se encuentra en Rodríguez, 2007, p. 87). Sin embargo, con el propósito de reconstruir fielmente su pensamiento al inicio de la década de los setenta, he optado por mantener el uso de la expresión «ordenamiento jurídico», la cual sin contener las distinciones posteriores, al menos, las preludiaba como se ve adelante, a saber: «Estas reflexiones muestran que nuestro concepto de ordenamiento jurídico no refleja el significado que expresiones tales como "derecho argentino" u "orden jurídico francés" tienen en el lenguaje corriente[…] En otras palabras, el derecho argentino no es un ordenamiento momentáneo, referido a un momento temporal dado. Sin embargo, la expresión «derecho argentino» es traducible a nuestro lenguaje, en el sentido de que su significado puede ser expresado en términos de «ordenamiento momentáneo». En efecto, en nuestra terminología, el derecho argentino no es *un* ordenamiento jurídico, sino una *secuencia temporal y discontinua* de ordenamientos jurídicos» Alchourrón y Bulygin, 1974[1971], p. 138.

61. Alchourrón y Bulygin, 1974[1971], p. 122.

Si bien la determinación de qué enunciados presentan consecuencias jurídicas no es una actividad sencilla y en ocasiones no hay criterios racionales para tomar una decisión, es posible observar algunas diferencias en relación con la fuente de derecho utilizada para seleccionar los enunciados relevantes. Así, en la medida en que se satisfacen los ideales modernos de sistematización del material normativo al tiempo de su dictación, la legislación contribuye parcialmente a facilitar la selección, al distribuir por materia las disposiciones que la integran. En cambio, en el caso de la jurisprudencia, la dificultad radica en extraer las normas generales que sirven de fundamento a la decisión y no su norma individual. Esto último porque, como fue señalado en los apartados precedentes, en la base del sistema deben aparecer enunciados generales[62].

Dado el carácter contextual de la noción de validez, todo lo anterior está condicionado temporalmente, porque tanto los criterios como los enunciados varían con el transcurso del tiempo. Por ende, la identificación de los enunciados es una cuestión empírica, porque tanto los criterios de validez como los enunciados seleccionados se encuentran en la experiencia. De ahí que, los sistemas momentáneos, como sugiere el nombre, se entienden como relativos a un momento (y lugar) determinado[63].

Sin embargo, como la selección de los enunciados es solo una parte del proceso de elaboración de un sistema jurídico, este se complementa con la determinación de las propiedades relevantes. Así, con este perfil contextual, los propios Alchourrón y Bulygin transparentan que:

> «Por lo tanto, para determinar el UC es necesario saber cuáles son las propiedades relevantes para generar el Universo de Casos. Por lo común, los juristas extraen esas propiedades de los enunciados del derecho que constituyen la base del sistema; pero no siempre es así, pues a veces la elección del UP obedece a otros criterios. Esta cuestión da lugar a importantes problemas lógicos y axiológicos (lagunas axiológicas) que se estudiaran en el capítulo siguiente» (1974[1971], p. 117).

Curiosamente, en el capítulo siguiente (El problema de la relevancia y las lagunas axiológicas), el tratamiento que se realiza a través de la elección del UP está relacionado con la distinción que da origen a la controversia, esto es, entre tesis de relevancia e hipótesis de relevancia. Por ende, sin ánimo de entrar en un bucle explicativo parece adecuado cerrar la argumentación con los distintos ámbitos en los cuales se presenta la relevancia de una propiedad (un caso, un UC y un UA) y mostrar cómo estos tres conceptos se relacionan con la citada tesis e hipótesis de relevancia.

Sobre un caso C_1 de un UC, en relación con un sistema normativo Sn_1 y un UA_1, una propiedad **p** es relevante cuando C_1 y su complementario C_C tengan diferentes estatus normativos en relación con Sn_1 y un UA_1, es decir, hay un elemento (una

62. Alchourrón y Bulygin, 1974[1971], pp. 122-123. Por una parte, la determinación de la materia puede ser más o menos amplia, pero siempre limitada y, por otra, la noción de consecuencia normativa se vincula con enunciados que correlacionan casos con soluciones, ver Alchourrón y Bulygin, 1974[1971], pp. 114-115.

63. Alchourrón y Bulygin, 1974[1971], p. 124.

solución) del USmin correspondiente al UA_1 que está correlacionado por Sn_1 con uno de los casos y no con el otro. Un caso complementario es aquel en que no se presenta una propiedad determinada, pero es igual a otro caso en todas las demás propiedades definitorias del caso[64].

A su vez, respecto de un caso UC_1, en relación con un sistema normativo Sn_1 y un UA_1, una propiedad **p** es relevante si existe al menos un caso en UC_1 en el cual **p** es relevante en relación con Sn_1 y el USmin correspondiente al UA_1. Por ende, dicha propiedad es irrelevante cuando no es relevante en todos los casos del UC_1 en relación con Sn_1 y un UA_1. Por su parte, una propiedad **p** es relevante en un UA_1 en relación con un sistema normativo Sn_1 si existe por lo menos un UC_1 en el cual **p** es relevante en relación con Sn_1 e irrelevante cuando no existe ningún $UC_{1,}$ tal que **p** sea relevante en este UC_1 en relación con Sn_1 y un UA_1[65].

A partir de las definiciones precedentes, es importante explicitar que los tres conceptos de relevancia son relativos a un «sistema normativo y a un Universo de Soluciones Minimales (USmin)» y que el carácter relevante o irrelevante de una propiedad depende de que su presencia o ausencia en un caso o su complementario genere un estatus normativo diverso[66].

Por consiguiente, la tesis de relevancia de un Sn_1 y un UA_1 identifica las propiedades relevantes en relación con dichos Sn_1 y un UA_1; mientras que, la hipótesis de relevancia (solo) para un UA_1 identifica las propiedades que deben ser relevantes para UA_1. La primera refiere a un hecho o estado de cosas que efectivamente se da, de ahí su carácter descriptivo; en cambio, la segunda alude a un hecho o estado de cosas que debería darse, de ahí su carácter prescriptivo[67].

Recapitulación. A través de la noción de predicado triádico es posible entender la tesis de relevancia, es decir, ella se presenta cuando sus tres componentes entran en dicha relación. De ahí la importancia de precisar cada uno de ellos, a partir de lo señalado previamente, para determinar su contenido, a saber: (i) Sn_1; (ii) UA_1 y (iii) la descripción de un hecho o estado de cosas que efectivamente se da.

i) Los Sn son conjuntos de normas. Las normas son enunciados que correlacionan casos con soluciones. Los casos son estados de cosas en que se presentan o no una o más propiedades relevantes, porque toda propiedad de los elementos de un UD y su compuesto veritativo-funcional definen un caso. El UD es el conjunto de situaciones o estados donde se realiza la determinación del estatus normativo, el cual es elaborado a partir de una propiedad definitoria compartida por sus elementos. Así, el conjunto de propiedades que pueden estar

64. Alchourrón y Bulygin, 1974[1971], p. 152.
65. Alchourrón y Bulygin, 1974[1971], p. 153.
66. Alchourrón y Bulygin, 1974[1971], pp. 152-153.
67. Alchourrón y Bulygin, 1974[1971], p. 154.

presentes o ausentes en los elementos de un UD se denomina UP. Nótese que las circunstancias que serán consideradas como propiedades del UD surgen a partir de la combinación entre un consenso más o menos unánime entre los miembros de una comunidad sobre cuestiones valorativas y lo establecido en la ley.

ii) El UA está constituido por el conjunto de acciones o conductas respecto de las cuales se pregunta por su estatus normativo, de modo que, el conjunto de las acciones integra el UA. Nótese que las acciones básicas derivan de presentar el problema normativo como una pregunta acerca del estatus normativo de ciertas acciones y que este problema o pregunta surge y es determinado por la comunidad jurídica respectiva.

iii) El hecho a describir es el conjunto de propiedades «que son» relevantes en relación con un Sn y UA determinados, de modo que, no se deben buscar respuestas más allá de la estructura relacional y contextual que presentan todos los presupuestos o definiciones sobre los cuales descansa aquello que se va a describir. Recordar que el Sn depende de normas, las cuales dependen de casos, los cuales dependen de propiedades, las cuales dependen de consensos valorativos y lo establecido en la ley dentro de una comunidad y, por su parte, el UA depende de acciones, las cuales depende del problema, el cual descansa en la comunidad jurídica determinada.

Por lo mismo, por un lado, no es correcto vincular directamente las propiedades relevantes con lo establecido en las normas y/o disposiciones. Por ejemplo, es suficiente recordar lo señalado en relación con el carácter mueble o inmueble de la cosa reivindicada, el cual está expresamente contenido en las disposiciones, pero es completamente omitido del análisis por no formar parte del problema. Y, por otro lado, el carácter relacional de la tesis de relevancia está en cierta sintonía con una deferencia a la comunidad y la práctica jurídica, en especial, con sus criterios al momento de identificar problemas y las propiedades relevantes del mismo a partir de lo establecido en la ley u otra fuente de derecho. Aspecto este último (sobre fuentes y normas) igualmente deferente con los criterios que tenga una práctica o comunidad jurídica en un momento determinado.

Finalmente, es importante explicitar que, esta reconstrucción toma distancia de quienes condicionan el carácter relevante o irrelevante de una propiedad al estar o no establecida en una norma y/o disposición. Cuestión que no acontece en esta propuesta, porque precisamente esa manera de construir la obra de E. Bulygin se hace presa no solo de la crítica de Redondo, sino también de muchas otras aludidas por la autora. De esta manera, al realizar una asociación directa entre el legislador, las disposiciones o normas y las propiedades relevantes surge gran parte de los problemas. Quizá, como sostiene G. B. Ratti (2007, p. 165), en relación con la adopción de distintos tipos de relevancia (R_A y R_B), la adopción (posterior) de algunas ideas

en ocasiones implica el cambio de algunas de las tesis fundamentales defendidas en «Normative Systems»[68].

2.4. ¿Qué se ha logrado controvertir?

Las dos primeras preguntas que estructuraban la entrevista hipotética intentaban indagar en torno a cuáles son los criterios para la identificación del derecho y cuáles son los presupuestos de las propuestas desarrolladas en «Normative Systems», en especial, de la distinción entre tesis de relevancia e hipótesis de relevancia[69].

La respuesta a la segunda pregunta transita desde la distinción entre tesis de relevancia e hipótesis de relevancia hacia la pregunta en torno a cómo determinar las propiedades y su relevancia. Cuestión que permitió revisar las nociones de problema normativo, el ámbito fáctico, el ámbito normativo y el sistema normativo, entregadas en la primera parte de «Normative Systems». Esta revisión explicitó tres relaciones no siempre enfatizadas: (i) entre la identificación y plausibilidad de un problema normativo con los planteamientos de los operadores jurídicos de una comunidad determinada; (ii) dentro del ámbito fáctico, vincular la identificación de las propiedades de los estados de cosas de un UD con algún consenso valorativo y lo establecido en la ley; y (iii) respecto del sistema normativo, explicitar la conexión entre las normas y su determinación a través de las propiedades previamente identificadas como relevantes y plasmadas en fragmentos seleccionados del discurso del legislador.

De esta manera, el foco del trabajo se trasladó hacia la búsqueda de los presupuestos de la distinción. Así, se revisaron algunas ideas de Bulygin en torno a las nociones de norma/fuente y comunidad/dogmática jurídica a partir de las cuales fue posible: (i) identificar distintas fuentes de derecho; (ii) admitir que con independencia de la fuente las normas generales integran el orden jurídico; (iii) entregar un carácter relacional (contextual) a la noción de validez y los criterios que la integran; y (iv) reconocer la relevancia de la noción de vigencia para reconstruir el fenómeno jurídico. Cuestiones todas que se conjugan a través de las funciones atribuidas a la ciencia del derecho o dogmática jurídica, la cual tiene un rol preponderante en la presentación del contenido de un derecho cuyo desarrollo exitoso depende de las cuatro consideraciones precedentes.

Así, a partir de la contestación a la segunda pregunta se comienza a esbozar la respuesta a la primera pregunta, especialmente, en relación con el tratamiento de las nociones de validez y vigencia, junto con la caracterización de la ciencia jurídica y

68. A mi pesar, entre quienes asumen esta relación (la tesis de la relevancia deriva de las normas) se encuentran el propio Bulygin, 2005a, pp. 80-81, hecho que ha producido que otros autores adopten esta posición para realizar un análisis crítico de ella, valga por todos Ratti, 2007, pp. 155-157.

69. Las preguntas aludidas son: (i) ¿qué criterios entrega tu teoría jurídica para la identificación del derecho (entendido como su objeto de estudio)? (ii) ¿cuáles son los presupuestos de las propuestas desarrolladas en «Normative Systems», en especial, de la distinción entre tesis de relevancia e hipótesis de relevancia?; y (iii) ¿dónde te sitúas dentro del debate entre positivismo incluyente y excluyente?

filosofía del derecho. En pocas palabras, esta última debe elucidar los criterios de identificación que los científicos de hecho emplean al momento de identificar los enunciados de derecho válidos. Estos son los criterios efectivamente vigentes en una comunidad dada y en un momento determinado. El conjunto de estos criterios, conformado por la propia práctica jurídica, fija el estándar a satisfacer para considerar a determinados enunciados como derecho válido. De ahí que el ordenamiento jurídico está formado por el conjunto de todos los enunciados válidos conforme a un cierto criterio de identificación y cualquiera de estos enunciados es susceptible de integrar la base de un sistema jurídico, en conjunto con sus consecuencias. En este contexto, la función descriptiva de la ciencia jurídica presenta cierta preponderancia, i.e., presentar el contenido de un derecho.

Todas estas consideraciones solo constituyen una manera de presentar las propuestas de E. Bulygin desarrolladas durante la década de los sesenta y setenta, periodo en el cual hubieran sido consideradas como un tipo de positivismo como aproximación o conceptual, con base en la ahora clásica distinción bobbiana. Esto porque su objeto de estudio es el derecho como hecho (no como valor), presenta una orientación científica a través de un enfoque avalorativo o éticamente neutral, las normas jurídicas se identifican únicamente mediante hechos verificables y, por consiguiente, sus enunciados tienen por finalidad comunicar a alguien una constatación y de este modo posibilitar el conocimiento acerca de la realidad[70].

Sin embargo, en la actualidad, la teoría jurídica contemporánea se encuentra bajo el influjo de la distinción entre positivismo incluyente y excluyente[71]. Cuestión que nos lleva a la tercera pregunta, porque con base en las definiciones entregadas por Redondo sobre estos positivismos, las propuestas de Bulygin presentadas en los apartados precedentes deberían considerarse incluyente, clasificación que él mismo refutaría.

3. HACIA UN POSITIVISMO BULYGINIANO EXCLUYENTE

Cualquier caracterización de esta propuesta debe considerar, al menos, cuatro limitaciones (im)puestas por el propio Bulygin. Primero, repudiar la adhesión a un positivismo excluyente de corte raziano por no compartir su concepción de la autoridad. Segundo, refutar un positivismo simple y la consecuente preponderancia del significado literal como método para determinar el contenido del derecho. Tercero, rechazar una vinculación entre reconocer las convenciones interpretativas y adoptar un positivismo

70. Ver Bobbio, 1996[1976], pp. 145-146 y Bobbio, 1991, p. 47.

71. Considero relevante la sugerencia de Pablo Navarro cuando sostiene que: «En los debates de las últimas décadas, esta propiedad parece constituir un límite conceptual, que cualquier teoría adecuada debe satisfacer, es decir, una teoría del derecho que no explique la *normatividad* sería, por ese sólo motivo, una propuesta conceptual inadecuada. Sin embargo, cuarenta años atrás, las cosas eran diferentes y las razones para este cambio en la agenda teórica aún no han sido satisfactoriamente explicadas» (2001, p. 146).

incluyente. Cuarto, negar que se transgredan las normas pertinentes por el solo hecho de utilizar argumentos morales[72].

Adicionalmente, como la caracterización positivista debe ser de corte excluyente, es necesario hacer una breve caracterización de ella. Sin embargo, esta actividad no es sencilla por dos razones. Por un lado, al momento de presentar este tipo de positivismo, una amplia mayoría de autores únicamente se detiene a reconstruir y revisar la versión de J. Raz, dada su reconocida influencia y preponderancia. Y, por otro lado, las otras presentaciones utilizan criterios que no siempre resultan equivalentes entre sí para caracterizar al positivismo excluyente.

Ambos impedimentos son difícilmente soslayables y su tratamiento excedería con creces los propósitos de este trabajo. Por ende, al haber un conjunto de planteamientos que intentan caracterizar al positivismo excluyente y no existir un criterio que permita jerarquizarlos o preferir alguno de ellos por sobre los otros resulta necesario adoptar una posición. Así, considero adecuado seleccionar alguno de esos planteamientos con base en su capacidad para satisfacer las exigencias establecidas por Bulygin y su afinidad con sus propuestas teóricas.

En nuestra tradición, José Juan Moreso se ha caracterizado por defender un positivismo incluyente, empero, en algunos de sus trabajos, al momento de desarrollar sus propuestas tiende a presentar de manera equidistante ambos positivismos. Así, ha sostenido que, si bien en un sentido trivial, la existencia y el contenido del derecho de una determinada sociedad dependen de un conjunto de acciones de sus miembros (hechos sociales complejos), un positivista excluyente añadiría a ello que: (i) dichos hechos pueden ser descritos sin recurrir a la moralidad; (ii) la validez jurídica de las normas no depende de su adecuación a la moralidad; y (iii) los jueces tienen discrecionalidad cuando el derecho apela a la moralidad. En ocasiones, las ideas contenidas en (i) y (ii) son presentadas como: no puede ser el caso que la determinación o identificación del derecho dependa de la moralidad y, asimismo, las relaciones entre (ii) y (iii) pueden ser precisadas mediante la distinción entre pertenencia y aplicabilidad[73].

Esta caracterización del positivismo excluyente pone de manifiesto la necesidad de precisar, al menos, qué se entiende por identificar o determinar el derecho y qué involucra aplicar el derecho, junto con especificar cómo las respuestas a dichas preguntas dialogan, primero, con las nociones de existencia, validez y aplicabilidad, y, segundo, con la distinción entre dos pares de actitudes frente a las normas descripción/conocimiento y prescripción/adhesión. Un esbozo de respuesta a estas consideraciones permite no solo terminar de caracterizar un positivismo excluyente, sino también establecer puntos de contacto entre este y el positivismo conceptual bulyginiano. Así, en

72. Bulygin, 2006, pp. 113-116 y Bulygin, 2007, pp. 202-203.
73. Ver Moreso, 2002, pp. 94-95 y Moreso, 2004, pp. 46-53. Como es sabido, la distinción entre validez como pertenencia y validez como aplicabilidad encuentra su origen en Bulygin, 1982[1991].

lo que sigue, este esbozo se sustenta en algunas distinciones desarrollas Pablo Navarro al comienzo de este siglo[74].

Si los enunciados de validez de una norma jurídica se vinculan con su pertenencia a un sistema jurídico carecen de relevancia práctica. Los enunciados de validez como pertenencia detentan: (i) un carácter descriptivo, ya que describen ciertas relaciones entre normas, v.gr., legalidad y deducibilidad; (ii) un carácter relativo a un conjunto o sistema jurídico y presentan un trasfondo empírico; y (iii) pueden ser analizados como afirmaciones acerca de ciertos hechos. Así, el positivista (excluyente o conceptual) puede asumir las tesis de la separación conceptual entre derecho y moral, junto con la tesis de las fuentes sociales, sin reconocer que el derecho deba ser obedecido o admitir cierta relevancia práctica a las normas jurídicas[75].

Si los enunciados de validez de una norma jurídica se vinculan con su aplicabilidad dentro de un sistema jurídico surge la cuestión de su relevancia práctica, porque ellos indican que una norma debe ser aplicada y/o obedecida, es decir, una noción normativa de validez amenaza tanto la separación entre derecho y moral como la tesis de las fuentes sociales[76].

De ahí que un positivismo (excluyente o conceptual) deba precisar tres consideraciones. Primero, toda obligación jurídica proviene de normas jurídicas, de modo que, siempre está determinada por hechos sociales, porque la existencia de una norma jurídica que impone el deber de obedecer y aplicar otras normas constituye un dato contingente. Segundo, la actividad de aplicar una norma a un caso concreto no resuelve la cuestión acerca de si las autoridades deben o no aplicarla, es decir, no resuelve la cuestión acerca de su relevancia institucional para resolver el caso. Tercero, la actividad de los órganos de aplicación no resuelve una cuestión sobre el significado de las palabras, es decir, las palabras pueden tener distintos sentidos en diferentes contextos, pero cuando una norma se aplica a un caso, esta decisión no es acerca de su alcance. Así, un positivista puede distinguir entre lo que una norma prescribe (obligación que surge de una norma particular) y lo que los jueces deben hacer (la obligación de obedecer esta norma), de manera equivalente a diferenciar entre la identificación y aplicabilidad de las normas[77].

La relación entre la obligación que surge de una norma jurídica y un caso particular regulado por ella debe ser entendida como la relación conceptual presente entre un caso genérico y su caso individual. Al ser una relación interna entre la norma y sus casos de aplicación, su verdad no depende de las creencias, actitudes o decisiones de los jueces. En cambio, la relación entre una norma y su relevancia para justificar una decisión institucional es externa o normativa y depende de múltiples consideraciones como normas

74. La elección del trabajo de Navarro no desconoce el hecho de que otro/as autores afines con las propuestas bulyginianas hayan formulado similares distinciones con idénticos propósitos, por ejemplo, valga por todo/as Rodríguez, 2020.
75. Navarro, 2001, pp. 141-143.
76. Navarro, 2001, pp. 145-147.
77. Navarro, 2001, pp. 147-151.

superiores, principios y jerarquía del tribunal. De esta manera, un positivista puede diferenciar entre la identificación de una norma y la pertinencia de su aplicación a un caso determinado, junto con distinguir entre el alcance de una norma y su relevancia institucional. Cuestiones todas enmascaradas dentro de la noción de norma aplicable[78].

Adicionalmente, un positivista debe diferenciar nítidamente entre justificación moral y justificación jurídica. Si esta última intenta recoger el conjunto de criterios necesarios para diferenciar entre decisiones (judiciales) correctas y equivocadas, es decir, cuando las decisiones institucionales están legalmente justificadas, en términos generales, proporcionar una justificación jurídica involucra invocar una norma jurídica[79]. De ahí que las normas que solo presentan una cualidad moral, sin cumplir, por ejemplo, el criterio de validez, no logran justificar una decisión jurídica. Especialmente, si las decisiones de los órganos de aplicación están conectadas con la validez[80].

Ahora bien, si incluimos las diferentes precisiones introducidas por Navarro al modo en el cual ha sido caracterizado el positivismo jurídico excluyente, se obtiene una versión compatible con las exigencias y las propuestas derivadas de los escritos de E. Bulygin, presentadas sumariamente en los apartados precedentes.

4. A MODO DE CONCLUSIÓN

El quid del trabajo de Redondo es metodológico y está relacionado con ¿cuáles son los criterios que permiten identificar el objeto al que se refiere?, porque toda teoría del derecho debe(ría) entregar criterios para la identificación del mismo. Por lo mismo, creo no sería desacertado sostener que, con base en las líneas precedente, la teoría del derecho (de un joven) E. Bulygin entrega una respuesta a esta pregunta, pero quizá por la propia respuesta entregada no es evidente su subsunción en alguna de las opciones del positivismo excluyente.

Probablemente, el desafío más difícil de abordar es subsumir la posición de Bulygin en algún tipo de positivismo contemporáneo y no estoy seguro de haberlo superado. Esto no necesariamente por los rasgos centrales que presenta la obra del autor argentino, sino por la diversidad y multiplicidad de criterios actualmente existentes en torno a cómo distinguir entre incluyentes y excluyentes, junto con el carácter monopartidistas de este último grupo, el cual es presentado mayoritariamente bajo la versión raziana.

78. Navarro, 2001, pp. 152-155. En otros términos, en los argumentos justificatorios se debe diferenciar entre las razones que justifican la conclusión de un argumento (normas jurídicas) y las razones para involucrarse en dicho argumento (razones morales o prudenciales para justificar la aplicación del derecho), en Navarro 2001, p. 160.
79. En relación con este punto, me adhiero a una precisión formulada por G.B. Ratti en una correspondencia: «En relación con la corrección o equivocación de una decisión, un positivista [excluyente] puede decir [esto] solo de manera “detached” o “relacional”, es decir, se considerará correcta o equivocada respecto de un cierto conjunto de criterios de referencia».
80. Navarro, 2001, pp. 160-161.

Opción explícitamente refutada por Bulygin. Sin embargo, igualmente considero que se ha bosquejado una respuesta plausible a este requerimiento, la cual intenta ser deferente con los propios planteamientos bulyginianos.

Además, y a partir de lo anterior, espero haber mostrado que, la respuesta a la primera cuestión (metodológica) no implica necesariamente una respuesta a la segunda (positivista excluyente o incluyente). Problemática que parece ser uno de los presupuestos del trabajo Redondo, quien explícitamente señala:

> «Bulygin no puede retirarse de esta discusión, tiene que aclarar qué teoría de la identificación debe conjugarse con su tesis positivista de las fuentes sociales. A mi entender, esto es tanto como decir que debe aclarar si adhiere al positivismo incluyente […], al positivismo excluyente […], o a una concepción alternativa» (2018, p. 148)

Finalmente, a modo de cierre, como un bulyginiano recalcitrante, solo deseo parafrasear al propio Bulygin, quien hablando de Santo Tomás señala:

> «No quiero decir con esto que [Eugenio Bulygin] aceptaría sin reservas la solución que propongo, pero creo que hay suficientes elementos de juicio en los escritos del [profesor argentino] para sostener que mi solución concuerda con al menos una parte [de su doctrina]» (1991[1978], p. 556).

BIBLIOGRAFÍA

Alchourrón, C. y Bulygin, E., (1974[1971]). *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales,* Buenos Aires, Editorial Astrea.

Alchourrón, C. y Bulygin, E., (1977[1975]). Incompletezza, contraddittorietà e indeterminatezza degli ordinamenti normativi. En *Logica deontica e semantica: Atti del convengo tenuto a Bielefeld 17-22 marzo 1975*, de Giuliano Di Bernando (eds.) (trad., por Francesca Castellani), Bologna, Società Editrice Il Mulino, pp. 291-306.

Alchourrón, C. y Bulygin, E., (1976). Sobre el concepto de orden jurídico. *Crítica* VIII (23): 3-23. https://doi.org/10.22201/iifs.18704905e.1976.186

Bayón, J. C., (2002). Derecho, convencionalismo y controversia. En *La relevancia del derecho*, de María Cristina Redondo y Pablo Eugenio Navarro (edits.), Barcelona, Gedisa, pp. 57-92.

Bobbio, N., (1991). *El problema del positivismo jurídico,* (trad. por E. Garzón), México D.F.: Fontamara S.A.

Bobbio, N., (1996[1976]). *Il positivismo giuridico*, Torino, G. Giappichelli.

Bulygin, E., (1961). *Naturaleza jurídica de la letra de cambio*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot.

Bulygin, E., (1964). Sobre el fundamento de validez. *Notas de Filosofía del Derecho,* (1): 23-33.

Bulygin, E., (1976). Sobre la regla de reconocimiento. En *Homenaje a Ambrosio L. Gioja*, de Genaro Carrió (edit.), Buenos Aires, Astrea, pp. 31-39.

Bulygin, E., (1991[1961]). Sobre la estructura lógica de las proposiciones de la ciencia del derecho. En *Análisis lógico y derecho*, de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, pp. 331-338.

Bulygin, E., (1991[1963]). El concepto de vigencia en Alf Ross. En *Análisis lógico y derecho*, de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, pp. 339-353.

Bulygin, E., (1991[1966]). Sentencia judicial y creación de derecho. En *Análisis lógico y derecho*, de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, pp. 355-369.

Bulygin, E., (1991[1978]). Omnipotencia, omnisciencia y libertad. En *Análisis lógico y derecho*, de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, pp. 545-559.

Bulygin, E., (1991[1982]). Tiempo y validez». En *Análisis lógico y derecho*, de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, pp. 195-214.

Bulygin, E., (1991). Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos. *Doxa* (9): 257-279. https://doi.org/10.14198/DOXA1991.9.13

Bulygin, E., (2005a). En defensa de El Dorado: respuesta a Fernando Atria. En *Lagunas en el Derecho. Una controversia sobre el derecho y la función judicial*, de Fernando Atria y Eugenio Bulygin (edits.), Barcelona, Marcial Pons, pp. 73-85.

Bulygin, E., (2005b). Observaciones a Kelsen, «Validez y eficacia del derecho». En *Validez y eficacia del derecho*, de Hans Kelsen, Eugenio Bulygin y Robert Walter, Buenos Aires, Astrea, pp. 75-83.

Bulygin, E., (2006). *El positivismo jurídico.* México D.F., Fontamara S.A.

Bulygin, E., (2007). María Cristina Redondo sobre distintos tipos de positivismo. En *Un diálogo con la teoría del derecho de Eugenio Bulygin*, de José Juan Moreso y María Cristina Redondo (edits.), Barcelona, Marcial Pons, pp. 201-203.

Bulygin, E., (2015[1965]). The concept of efficacy. En *Essays in legal philosophy*, de Carlos Bernal, Carla Huerta, Tecla Mazzarese, José Juan Moreso y Pablo Navarro (edits.), Oxford: Oxford University Press, pp. 37-51.

Moreso, J. J., (2002). En defensa del positivismo jurídico inclusivo. En *La relevancia del derecho*, de María Cristina Redondo y Pablo Eugenio Navarro (edits.), Barcelona: Gedisa, pp. 93-116.

Moreso, J. J., (2004). El positivismo jurídico y la aplicación del derecho. *Doxa* (27): 45-62. https://doi.org/10.14198/DOXA2004.27.03

Navarro, P. (2001). Tensiones conceptuales en el positivismo jurídico. *Doxa* (24): 133-163. https://doi.org/10.14198/DOXA2001.24.06

Ratti, G. B., (2007). Dos modelos de relevancia normativa. En *Un diálogo con la teoría del derecho de Eugenio Bulygin*, de María Cristina Redondo y José Juan Moreso (edits.), Barcelona, Marcial Pons, pp. 153-167.

Redondo, M. C., (2018). *Positivismo Jurídico «interno».* Ljubljana, Klub Revus.

Rodríguez, J. L., (2007). Un breve balance de la teoría de los sistemas normativos. En *Un diálogo con la teoría del derecho de Eugenio Bulygin*, de María Cristina Redondo y José Juan Moreso (edits.), Barcelona, Marcial Pons, pp. 81-88.

Rodríguez, J. L., (2020). En defensa del positivismo conceptual. En *El derecho y sus construcciones*, de Javier Gallego Saade (edit.), Lima, Palestra.

Shiner, R., (1992). *Norm and nature: the movements of legal thought*. Oxford, Oxford University Press.

Von Wright, G. H. (1963). *Norm and action*. London, Routledge and Kegan Paul.

Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, (2022), *45*
e-ISSN: 2386-4702 | ISSN: 0214-8676

Positivismo jurídico, interpretativismo e institucionalismo. Comentario al capítulo IV de *Positivismo jurídico «interno»* de María Cristina Redondo[1]

Legal Positivism, Interpretivism, and Institutionalism. A Commentary on Chapter IV of María Cristina Redondo's *«Internal» Legal Positivism*

Osvaldo de la Fuente Castro

Autor:
Osvaldo de la Fuente Castro
Universidad de Chile, Chile
osvaldo.delafuente@gmail.com
https://orcid.org/0000-0001-7526-4391

Recibido: 1-5-2021
Aceptado: 16-11-2021

Citar como:
De la Fuente Castro, Osvaldo (2022). Positivismo jurídico, interpretativismo e institucionalismo. Comentario al capítulo IV de *Positivismo jurídico «interno»* de María Cristina Redondo. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, *45*, pp. 581-602. https://doi.org/10.14198/DOXA2022.45.21

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

© Osvaldo de la Fuente Castro

Resumen

Se presenta un comentario al capítulo IV de *Positivismo jurídico «interno»* de María Cristina Redondo, ofreciendo una reformulación de la tesis interpretativista que la autora expone y critica, y se responden las críticas a *La forma del derecho* de Fernando Atria desde un punto de vista «institucionalista», mostrando las ventajas de adoptar dicha posición teórica para ampliar el alcance de la teoría del derecho hacia las teorías especiales del derecho.

Palabras clave: positivismo jurídico; metodología jurídica; interpretativismo.

Abstract

The commentary focuses on chapter IV of *Positivismo jurídico «interno»* by María Cristina Redondo. It offers a reformulation of the interpretive thesis that the author exposes and criticizes, and it answers the criticisms of Fernando Atria's *La forma del Derecho* from an «institutionalist» point of view. Finally, it shows the advantages of adopting such a theoretical position to broaden the scope of legal theory towards special theories of law.

Keywords: legal positivism; legal methodology; interpretivism.

1. Agradezco a Marcos Andrade Moreno, quien revisó atentamente un borrador preliminar de este comentario, a la réplica de la profesora Redondo durante el *Law & Philosophy Colloquium* en la Universitat Pompeu Fabra, y a Alba Lojo, quien revisó minuciosamente un borrador final que me permitió incorporar muchas mejoras y aclarar puntos oscuros. También agradezco los cambios que me fueron sugeridos por quienes oficiaron de evaluadores en el proceso de evaluación de pares.

1. PRESENTACIÓN

Conforme ha sido organizado el comentario general a *Positivismo jurídico «interno» (2018)* (en adelante PJI) de María Cristina Redondo[2], me corresponde en estas líneas comentar el contenido del capítulo IV, en el cual la autora presenta y critica *La forma del derecho (2016)* (en adelante LFD) de Fernando Atria[3]. Si bien en este capítulo la autora solo indirectamente refiere a su propia propuesta teórica, que es presentada en el capítulo V, en mi comentario me referiré a ésta última cuando resulte necesario para desarrollar el argumento que aquí presento. Con todo, quisiera aclarar desde el inicio que no me propongo ofrecer aquí una defensa de Atria porque, en primer lugar, él puede hacerlo mucho mejor que yo. Y, en segundo lugar, porque Redondo y Atria ya han intercambiado ideas sobre esta materia recientemente[4]. En estos términos, en mi comentario intentaré ver en qué medida se diferencian ambas propuestas teóricas.

La autora inicia este capítulo afirmando que las discusiones actuales en la filosofía del derecho se enfrentan a lo que llama un «falso dilema», que se produce entre dos extremos caracterizados por los presupuestos teóricos que asumen en sus explicaciones (pp. 157-58, 194). Por una parte, habría quienes sostienen que es conceptualmente imposible el estatus teórico de los discursos internos y/o normativos, excluyendo con ello la posibilidad de conocer el contenido del derecho (tesis que atribuye al positivismo jurídico). Por otra, habría otros que afirman que es conceptualmente imposible el estatus teórico de los discursos externos y/o descriptivos, excluyendo la posibilidad de desprenderse del contenido del derecho (tesis que atribuye al interpretativismo)[5].

Para la autora, este falso dilema no sería nada favorable para la filosofía del derecho. Según Redondo (pp. 157-158), con ello se hace imposible un debate teórico o desacuerdo racional y, como consecuencia, surgiría un escepticismo semántico (no sería posible conocer el contenido del derecho). Dentro del marco de este falso dilema, dice Redondo que «cada teoría ofrece una propia cosmovisión inconmensurable respecto de la que ofrecen otras. Y, ciertamente, cada una de ellas respondiendo, por igual, a la coacción de (lo que ellas configuran como) las mejores razones» (p. 192-193). La inconmensurabilidad a la que refiere Redondo y que exhibiría cada teoría jurídica

2. Redondo (2018). Las referencias entre paréntesis a lo largo del texto corresponden a esta obra.
3. Atria (2016).
4. *vid.* Gallego (2020).
5. No tengo razones para objetar la caracterización que ofrece Redondo del debate entre positivismo jurídico e interpretativismo. Con todo, para quienes no se encuentren familiarizados con este debate, creo posible presentarlo del siguiente modo: ambas tesis se diferencian por la distinta relevancia que le asignan a los argumentos morales en la identificación y aplicación del derecho. En estos términos, el interpretativismo le daría una relevancia que el positivismo jurídico rechaza (en qué medida lo rechazan configura distintas variaciones de positivismo jurídico). Sobre esto, por cierto, existe abundante bibliografía a la cual se puede acceder consultado el volumen publicado recientemente por Spaak y Mindus (2021). Recomendaría además a Kavanagh y Oberdiek (2008) y Patterson (2003). Se trata de dos antologías que reúnen los trabajos más relevantes en la filosofía del derecho contemporánea.

aparece nuevamente en el capítulo siguiente donde la explica más claramente. Dice Redondo (p. 200)

> […] toda teoría filosófica propone un determinado marco, esquema, o «modo de ver» las cosas, a la luz del cual algunas conclusiones resultan meramente posibles (contingentes), otras imposibles (i.e. son contradictorias con el esquema propuesto) y otras necesarias (i.e. su verdad está presupuesta o implicada). Ahora bien, la conclusión sobre la necesidad conceptual de una determinada tesis, o el carácter auto-contradictorio de una cierta posición, aun si correctamente justificada desde la perspectiva de una concepción filosófica o esquema conceptual, solo puede considerarse válida en el interior de la misma. Y, en tal sentido, solo puede esgrimirse frente a quienes la presuponen y se comprometen con ella.

Cada teoría inconmensurable, conforme a este esquema, iniciaría desde puntos de vista completamente diferentes, desde dos extremos, y en su encuentro se produciría algo así como un dialogo entre sordos. Todo posible debate entre distintas teorías jurídicas, aclara Redondo (pp. 200-201), solo podría producirse mostrando que alguna de ellas cae en alguna contradicción interna o demostrando que frente a las demás una de ellas resulta más eficaz resolviendo problemas. Este es un primer punto en el que quisiera detenerme brevemente porque me permite ofrecer una evaluación general de la obra.

La idea de inconmensurabilidad se origina en la historia de las matemáticas, en particular, con el origen de los números irracionales[6]. En el siglo XX este término fue usado en ética y en filosofía de la ciencia. En ética, Berlin afirmó que los valores, fines o bienes humanos son plurales e inconmensurables entre sí, en permanente conflicto y que toda elección implica un sacrificio[7]. En la filosofía de la ciencia, fue usado por Kuhn en su controvertida caracterización de la historia de la ciencia como una sucesión de «paradigmas» inconmensurables entre sí[8]. En ambos casos, la inconmensurabilidad se asocia a la ausencia de una medida común bajo la cual comparar dos objetos.

En estos términos, lo que parece tener en mente Redondo es una noción kuhniana en la cual ambas posiciones teóricas representarían dos visiones del mundo que no serían traducibles entre sí.

Con todo, creo posible situar este debate en un área común desde la cual sea posible evaluar ambas posiciones en función de criterios iniciales compartidos. Esto es lo que hacen, por ejemplo, Moore[9] y Plunkett[10]. En el caso de Moore[11], este autor ubica la discusión de la filosofía jurídica en el contexto más amplio de la filosofía general, de donde los juristas tomarían prestados algunos de sus presupuestos. En particular, Moore dibuja el debate en la filosofía del derecho en el marco de la discusión sobre el realismo (filosófico) donde existen distintas posiciones metafísicas y epistemológicas,

6. Al respecto, *vid*. Heath (1921, pp. 90-91).
7. *vid*. Berlin (2002), Berlin y Williamson (1994).
8. *vid*. Kuhn (1962) y Davidson (1986b).
9. Moore (1989).
10. Plunkett (2016).
11. Moore (1989).

mostrando críticamente que el así llamado «interpretativismo», visto a la luz del debate así esbozado, no presenta ideas que contribuyan mucho en el debate jurídico ni filosófico. Plunkett[12], por su parte, muestra que el desacuerdo entre positivismo y antipositivismo no se produce al nivel del objeto de estudio (qué es el derecho), sino que más bien con los conceptos que deben ser usados en el debate, ofreciendo lo que denomina un análisis de ética conceptual para refrescar esta discusión.

En este contexto, me parece que la propuesta de Redondo no pareciera tener el propósito de ubicar la discusión en un área común, sino que, en lugar de ello, edifica la suya como una alternativa teórica independiente. Infiero lo anterior del pasaje de PJI recién citado, en la cual la autora presenta una noción de esquema conceptual según la cual los términos de la discusión teórica se encuentran constreñidos y solo serían posibles dentro de los márgenes fijados por cada posición teórica.

Si esto es así, veo difícil escapar de una situación en la cual todas estas posiciones teóricas convivan bajo una suerte de pacto de no agresión, porque cada una de ellas fijaría los términos bajo los cuales acepta participar en una discusión. El debate, así comprendido, pareciera priorizar que las explicaciones de cada teoría no sean contradictorias a la luz de sus propios presupuestos, pero con ello la actividad teórica carece de un propósito compartido. Y con ello se arriesga perder intersubjetividad y unidad en la teoría del derecho porque, como señala Davidson, nuestros desacuerdos solo pueden ser inteligibles en el marco de un trasfondo de acuerdo[13].

Frente a las alternativas teóricas que Redondo presenta, posiblemente su propuesta resista mejor si todas ellas son discutidas en un área común. Pero para saberlo, la discusión que motiva su trabajo en algún momento requerirá ser llevada a un marco teórico compartido bajo la cual lidiar con nuestros desacuerdos. Si lo dicho hasta ahora es correcto, el siguiente paso para el positivismo normativo de Redondo sería mostrar cómo responde a los desafíos que intenta responder la teoría del derecho en su conjunto, lo que supone definir, por cierto, qué tipo de preguntas motivan a esta actividad teórica.

En esta obra, la autora presenta su posición teórica en contraste con los dos extremos bajo los cuales caracteriza el debate en la filosofía del derecho. Así, en capítulos anteriores la autora se ha ocupado de criticar la tesis que atribuye al positivismo jurídico y en el capítulo objeto de este comentario se propone hacer lo mismo respecto de la tesis interpretativista o antipositivista.

En lo que sigue me propongo ofrecer una lectura de LFD que hace difícil situarla dentro del eje interpretativista o antipositivista que caracteriza Redondo y que ubica a Atria más bien dentro de lo que puede ser llamado «institucionalismo»[14] que, según

12. Plunkett (2016).
13. Davidson (1986a).
14. *vid*. Tschorne (2018). No es el espacio para desarrollar una comprensión exhaustiva del institucionalismo, pero creo que la idea central puede ser esbozada en los siguientes términos: por medio del lenguaje los seres humanos creamos hechos institucionales que responden a necesidades que emergen de nuestra interacción social. La instanciación de estos hechos institucionales se encuentra determinada

argumentaré durante este comentario, no pareciera ser tan incompatible con la tesis de la autora.

Al excluir a Atria del eje interpretativista, queda un vacío en el argumento de la autora. Como en otras partes de PJI Redondo ejemplifica al interpretativismo con la obra de Dworkin, me propongo en este comentario colmar ese vacío valiéndome de un trabajo de Brandom[15], donde presenta esta posición teórica de una manera más sofisticada y robusta. Parte importante del argumento de este autor es la distinción entre dos nociones de concepto, ofreciendo una alternativa que parece responder mejor al fenómeno jurídico que la expuesta y utilizada por Redondo en PJI.

Luego de presentar esta otra versión de interpretativismo, que ayuda a problematizar la noción de concepto que utiliza Redondo, responderé a las críticas que formula esta autora a LFD. Con ello espero ir delineando un esbozo del institucionalismo que me permita luego evaluar su compatibilidad con el positivismo normativo que propone Redondo.

Con el propósito de facilitar la lectura de este comentario, especialmente para quienes no se encuentren familiarizados con la propuesta teórica de Redondo, me permito sintetizarla brevemente a continuación. Quienes participan de una práctica comparten una actitud frente a ella que usualmente es llamada «punto de vista interno». Para Redondo, es importante distinguir dentro del punto de vista interno dos actitudes diferentes frente a una práctica. En una de ellas, el agente la comprende sin alcanzar un grado de compromiso hacia la práctica y su seguimiento respondería a razones meramente estratégicas (punto de vista externo-2). La otra sí se compromete con ella, en un grado que habrá que dilucidar (punto de vista interno-2). Para simplificar, me referiré a ellas como la actitud no comprometida y la actitud comprometida. Parte importante de la crítica de Redondo a LFD se explica porque ella le atribuye a Atria una actitud comprometida con el contenido del derecho en términos justificativos (el compromiso más fuerte posible). En contraste, ella asume una actitud no comprometida, que depende de la posibilidad de distinguir claramente entre concepto y contenido, distinción que haría posible que la teoría del derecho se ocupe solo de la dimensión conceptual de nuestras prácticas.

2. LA TESIS INTERPRETATIVISTA FRENTE AL ESCEPTICISMO SEMÁNTICO

Como adelanté al inicio, la lectura que hago de LFD hace difícil situar a Atria en el eje interpretativista. Dedicaré la siguiente sección a justificarlo. En esta parte de mi

por reglas que fijan los elementos que requieren estar presente para que determinados hechos cuenten como una entidad socialmente construida. Dos elementos se encuentran presente en este fenómeno: función y reglas. La función hace inteligible a las reglas, mientras que las reglas cumplen el propósito de satisfacer la necesidad social de la cual emergen los hechos institucionales. Dentro de la abundante literatura sobre este tema, tengo en mente principalmente a Searle (2010) y MacCormick (1986, 2007).

15. Brandom (2014).

comentario presento una reformulación de la tesis interpretativista y la respuesta que ofrece frente al escepticismo semántico. Como resultado de esta discusión, presentaré dos nociones de concepto que permiten problematizar la que utiliza Redondo para fundar su positivismo normativo.

Para empezar, recordemos que la tesis interpretativista, según explica Redondo, afirma que no es posible un discurso propiamente jurídico sin una aceptación fuerte del contenido del derecho que dicho discurso pretende exponer, el cual contribuye a la subsistencia de una institución jurídica y se presenta como una actitud justificadora (pp. 209-210). En estos términos, la tesis interpretativista bien podría ser entendida como una respuesta a un problema de demarcación, en el sentido de que no sería posible predicar el carácter de jurídico a un discurso que no adopte este tipo de compromiso. Este sería el caso, por ejemplo, de la antropología, sociología o economía, que bien pueden presentar enunciados descriptivos de una práctica jurídica. Para la autora, no obstante, tomar distancia del contenido del derecho no solo sería posible, sino que es imprescindible para quienes se ocupen de la teoría del derecho. La autora presenta al positivismo normativo como una alternativa teórica que ofrece «una forma diferente de entender "el objeto" de estudio de la teoría jurídica» que prescinde de identificar el contenido normativo de una institución y de ofrecer una hipótesis explicativo-justificativa de éste (p. 227). Asumiendo la posibilidad de diferenciar claramente entre concepto y contenido, el positivismo normativo exige que no se asuma «ninguna teoría que justifique el tipo de institución a la que se refiere» (p. 229). La tarea de la teoría del derecho, entonces, consiste en responder a la «pregunta acerca de cuáles son las características comunes a una serie de prácticas específicas que en efecto existen, o han existido, en cierto tiempo y lugar» (p. 231).

El interpretativismo, como lo presenta Redondo, rechazaría todo lo anterior. En términos generales, esta corriente se vincularía con el llamado «giro interpretativo» que da Dworkin en *Law's empire* (1986). El argumento es conocido, pero no está de más repasarlo brevemente para ver en qué sentido intenta ofrecer una respuesta al escepticismo semántico que le preocupa a la autora.

Para explicar su modelo de derecho como integridad, Dworkin introduce la metáfora de una novela escrita en cadena por diversos y sucesivos autores, quienes toman lo ya escrito, lo reconstruyen en su mejor luz y le dan continuidad en dichos términos. Se trataría, según este autor, de una actividad eminentemente interpretativa, constreñida del siguiente modo[16]

> la interpretación que elija debe fluir a través del texto; debe poseer algún poder explicativo general, y es defectuosa si deja sin explicación algún aspecto estructural importante del texto, un argumento secundario que tenga gran importancia dramática o una metáfora dominante y repetitiva. Si no puede hallar ninguna interpretación que no posea estas falencias, entonces, el novelista en cadena no podrá cumplir con su tarea por completo;

16. Dworkin (2012, pp. 167-168).

> tendrá que buscar una interpretación que captura la mayor parte del texto, reconociendo que no es del todo lograda.

Aquello que la metáfora intenta mostrar es que la actividad interpretativa se encuentra sujeta a responder al pasado. La naturaleza de este vínculo la explica Redondo al afirmar que, para Dworkin, los conceptos institucionales consisten en una teoría interpretativa que justifica enunciados de diversos grados de generalidad en términos de una lectura moral de la práctica (p. 222) asociada a su «mejor versión». Y, en ese sentido, parece razonable atribuirle un compromiso fuerte con el contenido de los enunciados que formula quien adhiere al interpretativismo, porque, visto en estos términos, el intérprete está comprometido con la práctica en el sentido de orientarla hacia una dirección concreta.

Más adelante, sin embargo, Redondo agrega que para Dworkin un concepto institucional consiste en un «conjunto de principios que confiere sentido a un determinado tipo de reglas. El concepto es la hipótesis más abstracta que mejor *racionaliza* el contenido de un cierto tipo de institución» (p. 223, énfasis añadido). Si la tesis que Redondo atribuye al interpretativismo es fiel a las ideas de Dworkin, me parece que esta última afirmación de la autora requiere ser corregida para poder reconocer diversos grados de intensidad en las actitudes hacia una práctica. Hasta donde alcanzo a ver, dar sentido a algo en términos de su inteligibilidad requiere de una actitud de intensidad bastante menor que el tipo de compromiso que adoptaría el interpretativismo en los términos en los que es presentado en PJI. Siguiendo la distinción que Redondo ofrece en el capítulo V, me parece que para dar sentido a un concepto institucional es posible adoptar una actitud no comprometida (que coincide a mi entender con el llamado «giro hermenéutico» de Hart o el «método introspectivo» de Ross)[17]. Volveré a este punto más adelante.

Por otro lado, cuando Dworkin presenta la metáfora de la novela requiriendo que quien tenga el turno en su escritura reconstruya lo ya escrito en su mejor luz, admite que hay más de una alternativa a disposición del novelista. Por cierto, Dworkin cree posible poder escoger alguna de ellas a partir de un criterio compartido, pero ello no quita que las alternativas que satisfacen en menor medida dicho criterio no sean inteligibles para el novelista. En estos términos, me parece que para Dworkin la mejor alternativa responde a otros valores, lo que permite entender su propuesta bajo un compromiso fuerte con el contenido del derecho tal como lo presenta Redondo[18].

Bajo esta caracterización que ofrece Redondo del interpretativismo, veamos ahora cómo esta tesis responde al escepticismo semántico, según el cual no sería posible asignar un valor de verdad a enunciados jurídicos (p. 67). Según lo presentado hasta ahora, la

17. *vid*. Hart (2012, pp. 88-91) y Ross (2019, pp. 20-23).
18. Complementariamente, se podría cuestionar el alcance de la teoría de Dworkin, que parece funcionar muy bien a la luz de la práctica constitucional de los Estados Unidos, pero no tanto para otras áreas del derecho. Según lo anterior, se podría conjeturar que Dworkin se interesaba más por la filosofía del derecho constitucional (de Estados Unidos) que por la filosofía del derecho.

tesis interpretativista responde al escepticismo semántico afirmando que el contenido del derecho que presenta es la mejor versión de las creencias de los participantes de la práctica respectiva (p. 223).

El interpretativismo de Dworkin ha sido objeto de varias críticas en la filosofía jurídica[19]. Sin embargo, con la finalidad de enriquecer el debate, presentaré las ideas que ha desarrollado Brandom[20] sobre el problema del escepticismo semántico para el derecho. Según este autor[21], la propuesta de Dworkin solo muestra el tipo de preguntas que debemos realizarnos, pero no consigue responder al escepticismo semántico debido a su extrema generalidad y la poco feliz similitud que sugiere con respecto a la literatura. En otras palabras, ve la intuición de Dworkin como correcta pero desarrollada de una manera un tanto tosca. La propuesta de Brandom consiste en un modelo de reconocimiento recíproco diacrónico que combina dos nociones según las cuales un concepto se encuentra determinado (*determinateness*). Esbozo brevemente el argumento a continuación.

En primer lugar, cabe preguntarse por qué debemos tomarnos la objeción escéptica en serio. Para Brandom[22], la relevancia del escepticismo semántico se encuentra en el hecho de que la obligatoriedad del derecho descansa en la idea de que la aplicación de conceptos jurídicos a un caso concreto sirve como razones que justifican la decisión. En este sentido, existe y es posible trazar una diferencia entre ejercer autoridad normativa apelando al derecho y hacerlo meramente en su nombre. Esta diferencia descansa, a su vez, en la posibilidad de distinguir entre aplicaciones del derecho genuinas, esto es, que son racionalmente justificables en virtud del significado de los conceptos bajo los cuales se articula y organiza el discurso jurídico, y aquellas aplicaciones que no exhiben esta característica.

En este marco, sostiene Brandom, la amenaza que representa la indeterminación semántica para la autoridad racional del razonamiento jurídico es más bien un problema sobre las inferencias jurídicas antes que un problema sobre la precisión con la cual delineamos nuestros conceptos jurídicos. Y esto es así, explica Brandom, porque la corrección de las inferencias en el razonamiento jurídico, como ocurre también con el razonamiento usado en otras disciplinas como la medicina y las finanzas, descansa en consideraciones materiales y no solo lógicas[23]

19. Un balance de la obra de Dwokin en García Jaramillo (ed.) (2021) y Sauca (ed.) (2015).
20. Brandom (2014).
21. Brandom (2014, p. 31).
22. Brandom (2014, pp. 19-21).
23. Brandom (2014, pp. 21). Este autor llama a esta característica del razonamiento en medicina, economía, derecho, entre muchas otras más, derrotabilidad. En la literatura jurídica, la noción de derrotabilidad no es pacífica, *vid*. Ferrer y Ratti (eds.) (2012). El problema que intenta capturar el uso de este término en dicha literatura lo vio Aristóteles en su Ética Nicomáquea (5.10 1137a-1138a) y motiva su dilucidación acerca de la *epieikeia* (traducido corrientemente como equidad). Un análisis de esto último en Brunschwig (1996). Otro hito relevante en la historia de este concepto se encuentra en la caracterización de la facultad de juzgar que hace Kant en su *Crítica de la razón pura* (B172/A133, en Kant, 2009, pp. 190-191).

> material inferences, including the inferences that articulate legal concepts, unlike logical ones, are in general non-monotonic: a good inference can be turned into a bad one by adding further premises.

Brandom[24] ve posible evitar la conclusión escéptica que sugiere este rasgo del razonamiento jurídico distinguiendo dos nociones bajo las cuales un concepto se encuentra determinado. La primera de ellas, que llama «kantiana-fregeana», entiende que el contenido de un concepto se encuentra determinado solo en aquellos casos donde está semánticamente resuelto para cada objeto, en términos definitivos y en forma previa a su aplicación, si dicho objeto cae o no dentro del concepto. La segunda noción, que llama «hegeliana», entiende que los usos previos del concepto constriñen, pero no fijan definitivamente su contenido en el sentido de la primera noción, porque se trata de una actividad que se desarrolla en el tiempo en base al reconocimiento recíproco entre sus usuarios que instituye un estatus normativo. Veamos cómo a partir de esta segunda noción Brandom ensaya una respuesta al escepticismo semántico.

Explica Brandom[25] que, para Hegel (de quien toma esta idea), la actitud normativa fundamental frente a nuestros semejantes es el reconocimiento. Por medio de esta actitud se atribuye a otros la autoridad de reconocer a otros, creando así una red de reconocimiento recíproco que instituye el estatus normativo de sujeto (*selfhood*): «To be a self is to be taken to be one by those one takes to be selves»[26]. En estos términos, explica Brandom[27]

> it is up to each agent whether to undertake a commitment or claim an entitlement. But what the status that is instituted determinately is up to those one has made oneself responsible to by recognizing them in this regard. The determinate content of the commitment undertaken is not in the same sense up to the one who undertakes it. For authority to determine its content has been ceded to those the agent has recognized as entitled to hold her responsible.

El énfasis del interpretativismo reconstruido por Brandom se encuentra puesto en el carácter interpersonal de nuestras prácticas normativas. La relevancia que tiene este modelo para una comprensión del derecho, especialmente el *common law*, radica en que tenemos a los jueces como responsables por el derecho y como responsables ante el derecho. Y este rasgo puede ser comprendido bajo una estructura de autoridad y responsabilidad en el modelo de reconocimiento recíproco diacrónico. En términos retrospectivos, el juez reconoce el estatus normativo de responsable y autoridad a quienes han adoptado decisiones en el pasado y, en función de ello, reconstruye el contenido de los conceptos jurídicos bajo los cuales se articula y organiza el discurso jurídico vigente. A su vez, quienes han adoptado decisiones en el pasado, le han reconocido

24. Brandom (2014, pp. 33-38).
25. Brandom (2014, p. 28).
26. Brandom (2014, p. 28).
27. Brandom (2014, p. 29).

el estatus de responsable y autoridad al juez que decide en el presente. En términos prospectivos, el juez le reconoce a futuros decisores el mismo estatus normativo de responsable y autoridad.

Creo posible extender este modelo más allá de la figura del juez. Si consideramos la relevancia que tienen en la práctica jurídica las explicaciones que ofrece la dogmática de los distintos sectores del derecho, la práctica jurídica puede estar integrada, también, por el trabajo sistematizador que ella realiza (en la medida en que se le reconozca autoridad). No es claro si dentro del modelo de reconocimiento recíproco diacrónico propuesto por Brandom cabe una reflexión filosófica de la práctica jurídica y, consecuentemente, el tipo de enunciados que proveen los teóricos. Pero en la medida en que éstos provean del arsenal conceptual con el cual se realiza la sistematización de sectores del derecho creo posible incluirlos, al menos indirectamente, dentro de este modelo.

Adicionalmente, bajo este entendimiento del fenómeno jurídico es posible comprender la estabilidad general que exhibe la práctica jurídica en la determinación del contenido del derecho y en qué medida las variaciones que puede experimentar en el tiempo se pueden desenvolver prudentemente. Se trata de una idea que no es tan lejana a la filosofía jurídica contemporánea.

En efecto, es posible vincular el modelo de Brandom con una de las respuestas de Hart al escepticismo. Incluso bien podría ser considerada como un desarrollo de ella.

En el capítulo VII de *El concepto de derecho* Hart[28] llama la atención respecto de una ambigüedad en aquellas aseveraciones del tipo «el derecho es aquello que el juez dice que es» porque no consiguen distinguir entre el carácter definitivo de las decisiones judiciales en virtud del efecto de cosa juzgada (definitibilidad) y la posibilidad de errar de los jueces (infalibilidad). Dentro de las ventajas de contar con reglas secundarias, explica Hart, se encuentra la posibilidad de dar solución expedita a nuestras disputas. Con todo, que las decisiones judiciales tengan un carácter definitivo y que los enunciados que formulen quienes no sean jueces sean irrelevantes dentro del sistema, no quiere decir que quienes se desempeñan como jueces no se encuentren sometidos a reglas ni que la corrección de sus decisiones no pueda ser evaluadas según su conformidad a ellas. Para explicar la diferencia entre definitibilidad e infalibildad, Hart[29] asume una perspectiva diacrónica y ejemplifica con un juego sujeto a la «regla del tanteo»

> Hasta cierto punto, el hecho de que algunas decisiones del tanteador sean claramente equivocadas no es inconsistente con que el juego continúe: ellas cuentan tanto como las decisiones obviamente correctas. Pero la extensión en que la tolerancia de las decisiones incorrectas es compatible con la existencia continuada del mismo juego tiene un límite…

Traspasado el umbral de tolerancia de una práctica, explica Hart, cabe preguntarse si realmente seguimos jugando el mismo juego. Es decir, desde el momento en que el desconocimiento de la regla sea masivo, ya no sería posible comprender la unidad de

28. Hart (1968, pp. 176-183).
29. Hart (1968, pp. 179).

la práctica sobre la base de aquella regla que es desconocida. Mientras no sea superado ese umbral, las desviaciones serán manejadas de manera adecuada precisamente porque la crítica que generan reafirma la regla que sustenta el juego.

No veo cómo esta comprensión del fenómeno jurídico, que bien puede ser calificada como interpretativista en el sentido brandomiano, podría obscurecer la identificación de aquellos conceptos bajo los cuales se articula el discurso jurídico. Al contrario, me parece que la posibilita porque permite delimitar una práctica jurídica y, si entiendo bien a Redondo, es indispensable para identificar el punto de vista interno que interesa a la teoría. Ella propone dar un paso más allá, distanciándose de esta práctica a fin de dilucidar los conceptos que en ella se encuentran involucrados, para lo cual es preciso adoptar una actitud no comprometida. El institucionalismo de Atria, del modo en que lo entiendo, afirma que es posible dar un paso adicional, según explico a continuación.

3. ¿ES *LA FORMA DEL DERECHO* INTERPRETATIVISTA?

El capítulo IV de PJI presenta una crítica al interpretativismo utilizando a LFD como ejemplo paradigmático de dicha tesis. Anuncié que, bajo mi lectura, LFD no responde a la caracterización que ofrece Redondo del interpretativismo y he presentado una reformulación del interpretativismo en base al modelo de reconocimiento recíproco diacrónico de Brandom, que he conectado con una de las respuestas de Hart al escepticismo. Bajo este entendimiento, la principal diferencia entre el interpretativismo y el positivismo normativo se encuentra en la noción de concepto que utilizan.

En lo que sigue, mostraré en qué medida LFD se ubica dentro de lo que llamé al inicio «institucionalismo» y que, al comprender esta obra en esos términos, es posible responder las tres críticas que formula Redondo a Atria. Para ello, responderé las dos primeras críticas (que creo son dos variaciones de un mismo punto) mostrando que las ideas que atribuye a Atria son inexactas porque él no suscribe la tesis interpretativista en los términos bajo los cuales la caracteriza la autora. La respuesta a la tercera crítica me permitirá mostrar las ventajas del institucionalismo frente a otras alternativas teóricas.

La primera crítica se refiere a la relación entre el discurso teórico y el contenido del derecho que se presenta en LFD. Con el propósito de formular esta primera crítica, Redondo presenta una distinción entre el discurso de la teoría del derecho y el discurso de la práctica jurídica basándose en la diferente dirección de ajuste respecto del objeto al cual se refieren (p. 167). Esta diferenciación, explica la autora, le permite mantener al positivismo jurídico «un discurso relativamente autónomo de aquel que se refiere al contenido de los específicos ordenamientos jurídicos» (p. 166). En otras palabras, la teoría del derecho, para ser fiel al positivismo jurídico, requiere ser emprendida de un modo indiferente a las prácticas jurídicas locales.

Creo que Atria no controvierte esta tesis en términos teóricos. De hecho, la crítica que él formula al positivismo jurídico se basa, precisamente, en la misma caracterización que ofrece Redondo, con el propósito de llamar la atención sobre el distanciamiento

que ha tomado el «positivismo analítico»[30] o «los auto-denominados positivistas»[31] de la tradición jurídica de donde nace: la crítica de Bentham al *common law*. En particular, para Atria volver a los orígenes del positivismo jurídico permite comprender un problema actual (el neoconstitucionalismo) que representa una regresión a un derecho pre-moderno. Su crítica se dirige al alcance de dicho discurso y al impacto que puede tener frente a nuestras prácticas jurídicas concretas. Con ello busca mostrar que la indiferencia hacia estas prácticas, como presupuesto para hacer teoría del derecho, tiene un impacto real que no debemos descuidar.

Al inicio de este comentario presenté la caracterización que ofrece Redondo del debate en la filosofía del derecho y los términos bajo los cuales éste sería posible. Para esta autora, todo posible debate entre distintas teorías jurídicas solo podría producirse mostrando que alguna de ellas cae en alguna contradicción interna o demostrando que frente a las demás una de ellas resulta más eficaz resolviendo problemas (p. 200-201). Atria es un ejemplo de esta segunda manera de debatir en la teoría del derecho, porque su crítica va dirigida a la incapacidad del positivismo jurídico actual de resolver problemas urgentes debido al distanciamiento que adopta frente a las instituciones jurídicas vigentes. Y todo ello bajo la pretensión de ofrecer un concepto de derecho desmarcado de toda consideración que implique algún compromiso con patrones evaluativos (discurso teórico que ha asumido con gusto, por ejemplo, el *law & economics*)[32].

Para Redondo, durante el despliegue de esta crítica al positivismo jurídico, Atria asumiría que el discurso teórico y el derecho comparten la misma dirección de ajuste. La teoría del derecho sería entonces un discurso «normativo/constitutivo» que en nada se diferencia del propio de la práctica jurídica, salvo en su grado de generalidad. Atria, según Redondo, pensaría que «las teorías jurídicas pueden ser entendidas como parte del conjunto de creencias que constituyen el derecho» (p. 169), lo que cabría tomar como una «exageración poco rigurosa» (p. 172).

Me parece importante poner atención a la terminología empleada por Redondo en su reconstrucción del argumento de Atria. La idea de «dirección de ajuste» no es desconocida por este autor[33]. Y resulta revelador para comprender su argumento notar que en su crítica al positivismo jurídico él no usa el marco conceptual de Searle. El punto es bastante más sencillo y creo que puede ser reformulado en estos términos: si efectivamente uno de los propósitos de la filosofía del derecho es emprender una reflexión sobre nuestras instituciones jurídicas con la finalidad de alcanzar una mejor comprensión de ellas, no sería para nada extraño que estas reflexiones incidan en su inteligibilidad y que esto tenga consecuencias prácticas. Esta idea es aceptada

30. Atria (2016, p. 91).
31. Atria (2016, p. 85).
32. Para quienes no se encuentren familiarizados con esta doctrina, ésta consiste en analizar el fenómeno jurídico por medio de los presupuestos y herramientas de la microeconomía. Una introducción en Kornhauser (2017).
33. *vid.* Atria (2002, pp. 14-31).

por Redondo cuando caracteriza al discurso teórico como «guiado por el objetivo de conocer, analizar, o explicar el derecho en general», admitiendo que indirectamente pueda «contribuir a modelar las instituciones a las que se refiere», agregando que dicha influencia es contingente (p. 167).

Atria[34] ejemplifica lo anterior con una discusión en la dogmática civil chilena de mediados del siglo XX acerca del concepto de impotencia como causal de nulidad de matrimonio, en especial, si la Corte Suprema era competente para conocer de un recurso de casación por infracción de ley frente a un término ambiguo. Con este ejemplo, intenta mostrar cómo la posición que se asuma dentro del debate entre Hart y Dworkin tendrá consecuencias prácticas radicalmente diferentes. Redondo (pp. 174-176) señala que el ejemplo que usa Atria para demostrar la relevancia que tiene la teoría para la práctica no es concluyente porque Hart y Dworkin pueden ser leídos de más de una manera. Pero, precisamente, eso es lo que afirma Atria cuando afirma que la teoría, al poder ser leída de distintos modos, «no deja las cosas como estaban»[35]. En este sentido, al menos en este punto, Redondo y Atria parecen estar de acuerdo.

El argumento de Atria va en la línea de demostrar que suscribir una teoría u otra tiene implicaciones prácticas porque «[e]l derecho –así como los conceptos jurídicos como testamento, contrato, delito, etc.– no tienen una naturaleza anterior al análisis que puede servir como criterio de corrección por la vía de la experimentación»[36]. Por eso dice «[e]l teórico del derecho no puede entender su labor como la descripción de algo que existe con independencia de su descripción, y por eso lo normativo y lo descriptivo están, *hasta cierto punto*, mezclados. El desacuerdo entre Hart y Dworkin aquí no puede decidirse apelando a lo que el art. 4 «simplemente» dispone o es.»[37].

Esto último me lleva a la segunda crítica de Redondo sobre la relación entre las tesis conceptuales y el contenido del derecho. Para la autora «el positivismo sostiene que existe una relativa autonomía entre el discurso que identifica el concepto general de derecho y aquel que identifica el contenido de lo que se debe o está permitido hacer conforme a un determinado ordenamiento jurídico. La forma del derecho rechaza también esta tesis» (p. 173). En el capítulo siguiente Redondo (p. 230) precisa esta posición en términos que permiten comprender de mejor manera su diferencia con Atria

> […] el positivismo interno admite que la existencia de una institución presupone la existencia de alguna *teoría justificativa* que le atribuye algún valor o función. De lo contrario la institución en cuestión no existiría. Lo que esta posición sostiene es que es posible identificar un concepto institucional, i.e. un elenco de propiedades que se ejemplifica en toda instancia –o en toda instancia paradigmática– de la misma clase de institución, y que ello no significa ofrecer una *teoría que racionaliza, hace inteligible, o justifica* el contenido de las mismas. (énfasis añadido)

34. Atria (2016, pp. 87-89).
35. Atria (2016, p. 89).
36. Atria (2016, p. 86).
37. Atria (2016, p. 89). Énfasis añadido.

Me parece importante detenerse en la actitud de la cual dependería la existencia de una institución, porque es donde Redondo y Atria parecen tener un desacuerdo, aunque, según argumentaré, pueden ser leídos de forma complementaria. Para empezar, no parece ser el caso de que racionalizar, hacer inteligible y justificar una institución respondan al mismo tipo de actitud. Habitualmente se requiere de un grado de seguimiento lo suficientemente amplio como para que la institución se vuelva estable en el tiempo, sin que sea necesario alguna teoría justificativa entre quienes participan de la práctica social que la instituye. Dentro del dominio de la ontología social, por ejemplo, Guala[38] sugiere que, en condiciones normales, el mantenimiento de una institución requiere de una simulación sobre la respuesta de otros a un problema de coordinación. Y solo cuando ello no sea posible, las personas comienzan a teorizar sobre las creencias de otros, lo que en general dificulta la coordinación: «Thinking about higher order beliefs often hampers rather than facilitates coordination»[39].

Parte importante del argumento de Redondo descansa en la idea de que no es posible escapar de un compromiso fuerte con el contenido del derecho si se quiere dar cuenta de éste. Pero pareciera ser que, al menos para la estabilidad de hechos institucionales, no es necesario, porque difícilmente en nuestras prácticas cotidianas emprendemos un grado de reflexión justificativo. Pero, según entiendo, no es esta dimensión la que le preocupa a la autora. Redondo enfatiza en su trabajo que le interesa el trabajo teórico de los juristas y, en estos términos, es una idea que tiene plausibilidad porque el derecho es autoreflexivo y esto asume que, en algún momento, quien emprende una reflexión teórica asume una toma de posición.

Con todo, hay un aspecto que me hace dudar de la necesidad de un compromiso tan fuerte con el contenido del derecho vigente incluso a nivel teórico. Toda reforma legal inicia con una reconstrucción de las reglas vigentes como parte de la justificación de la necesidad de introducir cambios legales. El hecho de proponer su modificación da cuenta de una comprensión de ellas, su aceptación y la ausencia de un compromiso fuerte, porque de lo contrario no tendría sentido proponer un cambio. Para dar cuenta de esta circunstancia, me parece que es posible reconocer diversos grados de intensidad dentro de la actitud no comprometida que puedan responder al carácter autoreflexivo del derecho, y no solo «la perspectiva del "hombre malo" de Holmes, la del malhechor o el anarquista y la de la víctima» (p. 210).

De acuerdo con lo anterior, me permito sugerir una comprensión dinámica de las actitudes pragmáticas que distingue Redondo, que permite caracterizar la reflexión teórica en tres etapas: una pre-reflexiva, una reflexiva, y otra final. Toda reflexión inicia desde una actitud según la cual al menos se sigue una práctica sin grandes cuestionamientos y que podemos llamar etapa pre-reflexiva. El momento reflexivo inicia con la adopción de una actitud no comprometida en la cual se cuestionan las creencias que

38. Guala (2016, pp. 99-100).
39. Guala (2016, p. 100).

sostienen una práctica y se admite que es solo una de las opciones posibles, lo que es facilitado por la propuesta de Redondo, que me permito recalificar como una «actitud metodológica», y que permite dar inicio a nuestras reflexiones teóricas. Pienso aquí en el argumento epistémico en favor de las razones públicas en política de Peter[40], quien hace presente dos limitaciones epistémicas que sugieren, en algunos casos, reducir la confianza en nuestras propias creencias morales.

Explica esta autora que nuestras creencias morales se basan en intuiciones fundamentales, influenciadas en alguna medida por la sociedad a la que pertenecemos, que muchas veces es difícil de comprender en toda su complejidad y eso dificulta que puedan ser articuladas y compartidas con otras personas. En palabras de Peter[41]

> […] we have reason to be cautious about the epistemic authority that our beliefs about fundamental moral and/or religious truths give rise to. The nature of the evidence we have for such truths and how we form beliefs about them make it very difficult –if not impossible– to access and share the evidence and to assess our response to the evidence that we have.

Si bien Peter discute sobre razones morales, creo que su argumento puede extenderse a toda reflexión normativa con el propósito de adoptar una actitud metodológica que la haga posible, intentando identificar en ello nuestros sesgos porque, como señala Peter, no tenemos un acceso directo a la evidencia que sustenta nuestras creencias.

Como resultado de esta reflexión acerca de nuestras prácticas, no veo el problema de asumir una posición. Bajo este entendimiento, lo que Atria estaría afirmando es que es posible avanzar más en este proceso reflexivo y por eso creo que su punto no es un problema estrictamente conceptual. Atria muestra que la tesis del positivismo que es objeto de su crítica, al detenerse a medio camino en este proceso reflexivo, se aleja demasiado de la tradición de la cual nació (y del mundo)[42] y que no consigue hacer frente al neoconstitucionalismo (al mismo tiempo que «se jacta de su superficialidad»)[43].

La crítica de Atria se encuentra en sintonía con aquella que formulara Mosterín[44] a la filosofía analítica. Luego de dar cuenta muy brevemente de los indudables méritos de esta tradición filosófica, este autor echa en falta el uso de sus resultados para ofrecer respuestas frente a los problemas que nos preocupan en tanto seres autoconscientes. Dice Mosterín[45]

Es cierto que hay que analizar los conceptos que usamos en nuestra cosmovisión, y que hemos de evitar caer en las trampas que nos tiende el lenguaje. Pero la filosofía no se limita al análisis conceptual ni al lingüístico. Para ascender al Everest se necesitan

40. Peter (2013).
41. Peter (2013, p. 615).
42. Atria (2016, pp. 45).
43. Atria (2016, pp. 90-94). Es importante notar que la crítica de Atria se dirige hacia el desinterés que exhibe parte de la filosofía del derecho, específicamente algunos autores, y no un juicio global a los méritos de orientaciones analíticas en filosofía.
44. Mosterín (1999). *cfr*. Glock (2012).
45. Mosterín (1999, p. 37).

buenas botas, pero la obsesión por las botas no debe hacernos olvidar la ascensión de la cumbre.

Para formular este tipo de críticas no se necesita asumir una justificación de nuestras instituciones legales en los términos en que Redondo caracteriza el interpretativismo. Atria formula su crítica frente a una omisión: el desinterés que observa en la literatura respecto de cuestiones sustantivas que serían imprescindibles para comprender y gestionar nuestra vida social a través del derecho[46]. Para explicar este punto, paso a la tercera crítica referida al carácter funcional de los conceptos jurídicos y de las instituciones.

4. SOBRE EL CARÁCTER FUNCIONAL DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS Y DE LAS INSTITUCIONES

En la sección anterior, he sugerido que la principal diferencia entre Redondo y Atria se relaciona con el alcance de la teoría del derecho. Mientras para Redondo la reflexión teórica requiere distanciarse de todo contenido del derecho, para Atria un paso adicional es necesario para que la teoría del derecho pueda responder a las preguntas que realmente importan para comprender y gestionar nuestra vida social. En esta sección me haré cargo de la tercera crítica de Redondo a LFD donde controvierte la plausibilidad de la teoría de los conceptos jurídicos de Atria[47].

La última crítica de Redondo arranca desde la idea de que tener un concepto es tener un criterio de individuación, algo que la teoría de los conceptos jurídicos de Atria no estaría en condiciones de proveer satisfactoriamente. Dice Redondo (p. 186)

> Para el positivismo, tener un concepto, por ejemplo, de derecho, no es tener una teoría que lo racionalice, lo explique o lo haga inteligible. Es disponer de un conjunto de criterios que nos permiten individuar la existencia de ejemplos o instancias de derecho. En sentido contrario, para Atria, tener un concepto, de derecho en este caso, es disponer de una teoría que lo haga inteligible y explique, pero que (sorprendentemente) no puede usarse como criterio de individuación.

Los defectos que adolecería la teoría de Atria serían dos: es inestable e innecesaria. Esta teoría sería inestable porque combina dos elementos (la estructura y la función de los conceptos) dificultando con ello el proceso de determinar el contenido del derecho. Y sería además innecesaria porque finalmente Atria prioriza la estructura (reglas) cuando señala que el uso de un concepto en la práctica opera de un modo tal que su función es opaca a la estructura[48].

46. Para una detallada discusión y evaluación del alcance de la crítica de Atria en el marco de la tradición analítica en filosofía *vid*. Pereira (2020).
47. Expuesta en Atria (2016, pp. 133-157).
48. La idea es más compleja. Aquello que da unidad al conjunto de reglas que determina la instanciación de una institución jurídica como «contrato» es su función. Pero en la práctica jurídica cotidiana basta con seguir estas reglas, sin que exista necesidad de apelar a la función que ellas intentan satisfacer. Esto explica que en nuestra vida diaria no nos preguntemos por las condiciones bajo las cuales un

Creo que esta es una lectura apresurada de la teoría de los conceptos jurídicos de Atria. Pero antes de ello, me parece importante poner atención en la noción de concepto que maneja Redondo porque no es del todo claro que sea la más apropiada para dilucidar el fenómeno jurídico. Para explicar esto, asumo una tesis que creo puede ser ampliamente aceptada: para lidiar con la compleja realidad a la que pertenecemos y estamos expuestos, recurrimos a diversos grados de simplificaciones que se articulan según una matriz conceptual. Para usar ejemplos de las ciencias empíricas, no es lo mismo el grado de simplificación con el cual trabajan quienes se dedican a química orgánica que la usada en la biología evolutiva. En términos similares, para investigar el fenómeno jurídico es posible usar diversos grados de simplificación, los cuales pueden ser comparados según cuán satisfactoria sea la explicación que puedan ofrecer para el problema específico que nos ocupa. Probablemente la simplificación más extrema sea explicar el derecho como un sistema de normas que exhiben diversas modalidades deónticas y que se relacionan en términos lógicos. Este grado de simplificación ofrece explicaciones importantes sobre el derecho, pero no permite decir mucho sobre el contenido del derecho más allá de ofrecer una estructura lógica para enunciar la «gramática superficial» de las normas de un ordenamiento jurídico. Se requiere de un mayor grado de complejidad que permita expresar la «gramática profunda» de, ahora, nuestras instituciones jurídicas, en términos tales que muestre las relaciones entre los distintos conceptos bajo los cuales se articula y organiza el discurso jurídico[49]. Bajo mi entendimiento, ambas simplificaciones son complementarias y no compiten por agotar la explicación del fenómeno jurídico. En estos términos, la diferencia entre Redondo y Atria no se presenta como alternativas teóricas, sino más bien discrepan sobre el alcance de la teoría del derecho. Para Redondo bastaría quedarse en un nivel conceptual que puede prescindir del contenido del derecho, mientras que para Atria sería posible, y es importante, dar un paso más hacia su dimensión institucional en la práctica.

Calificar la teoría de los conceptos jurídicos de Atria como inestable es apresurado porque la interacción entre función y estructura ofrece una explicación de la dimensión institucional del derecho: la función se refiere a aquello que sin una mediación institucional es improbable y para operativizar dicha mediación se requiere de reglas que la hagan probable (la estructura). Y vale la pena notar que los ejemplos que usa Atria son

intercambio en el mercado sería justo, sino que más bien aplicamos las reglas establecidas en el Código Civil. Pero dichas reglas solo pueden ser comprendidas como un esfuerzo colectivo por hacer probable los intercambios justos.

49. En el parágrafo 664 de *Investigaciones filosóficas* (1953), Wittgenstein formula una observación metodológica destinada a precaver de los errores a los que pueden conducir la gramática superficial, referida a la estructura de una proposición. Dice este autor (2009, p. 519), «compárese la gramática profunda de las palabras "querer decir", por ejemplo, con lo que su gramática superficial nos haría suponer. No es de extrañar que nos sea difícil orientarnos.» Aprovecho esta observación metodológica de Wittgenstein, y tomo prestada la terminología, para mostrar en qué sentido el alcance de la teoría del derecho puede ampliarse más allá de una dimensión meramente conceptual como la propuesta por Redondo.

instituciones particulares (contrato, testamento, jurisdicción, administración, legislación). No el derecho en su globalidad. Por estas mismas consideraciones, la prioridad de la estructura (las reglas) es necesaria para hacer probable la idea pre-institucional. En estos términos, me parece que Atria ofrece una comprensión sobre el funcionamiento de los conceptos jurídicos en lugar de ofrecer criterios de individuación. Y no encuentro del todo claro que la teoría del derecho deba dedicarse exclusivamente a ofrecer criterios de individuación. Siguiendo a Brandom, dado el tipo de razonamiento propio del derecho, éste difícilmente se deja explicar sobre la base del uso de conceptos clara y definitivamente delineados.

La dificultad que a mi juicio debe enfrentar la noción de concepto que usa Redondo (que como fue expuesto anteriormente Brandom califica como «kantiana-fregeana») se encuentra en la posibilidad de identificar y aislar de la realidad social aquella práctica que constituye a una institución jurídica. Para poner un ejemplo, en diversos momentos de nuestra vida desembolsamos una suma de dinero en favor de un tercero. Un punto de vista interno me habilita para reconocer distintas razones por las cuales lo hago: a cambio de un servicio, porque me atrasé en la devolución de un libro en la biblioteca, porque un amigo me pidió prestado, para ayudar a una hincha de fútbol a conseguir su entrada para el partido de esta tarde, porque recibí ingresos por actividades gravadas con un impuesto. Lo que agrega LFD es destacar la importancia de prestar atención a la conexión entre el propósito de cada una de estas prácticas con la estructura que exhiben las reglas que se refieren a ellas, las cuales se encuentran establecidas para hacer probable dicho propósito. El institucionalismo asume que el derecho moderno se sustenta en la idea de que es posible anticipar los problemas que suscitan nuestras interacciones en sociedad y que para ello establecemos reglas. Al enfatizar este momento deliberativo, lo único que hace LFD, a mi entender, es mostrar que la estructura responde a esa deliberación, que corrientemente no se desarrolla sobre la base de grandes teorías, las cuales, me atrevería a conjeturar, ocurren en un momento posterior y en otro nivel discursivo.

En contraste, basándose en la diferenciación que propone Redondo entre concepto y contenido, bastaría con identificar casos en los cuales se transfiere dinero sin que sea de interés para la teoría del derecho decir mucho más. Y la crítica de Atria, a mi entender, persigue mover los límites de la teoría del derecho hacia el uso que le damos a los conceptos en la práctica y cómo responden a propósitos concretos.

Para mostrar las ventajas de una teoría institucional del derecho, podemos tomar como ejemplo al derecho penal. En esta área del derecho se discute profusamente sobre la finalidad de la pena. Según la teoría que se adopte, cambian la configuración de los elementos de la teoría del delito. A pesar de eso, no pareciera razonable calificar a la dogmática penal como radicalmente «valorativa, de carácter ético o moral»[50] ni tampoco

50. Redondo (2018, p. 183).

adoptar una actitud escéptica (el debate dogmático penal se encuentra razonablemente delimitado).

Para mostrar con más claridad este punto creo pertinente hacer una distinción entre una normatividad robusta y una normatividad formal[51]. La primera se relaciona con un juicio *all-things-considered* y es el tipo de normatividad presente en los debates morales. La segunda, se refiere a la fijación de estándares que permitan evaluar si una acción se conforma o no con ellos. Es el tipo de normatividad presente en las reglas de un juego y creo que es a la que se refiere la teoría institucional del derecho, permitiendo así una ampliación del alcance de la teoría del derecho bajo una comprensión más amplia de normatividad.

El institucionalismo, en la medida que distingue entre el uso de las reglas y su inteligibilidad conforme a la función que intenta servir, permite ampliar el alcance del estudio del derecho sin necesidad de un «sustancialismo» porque, a diferencia de lo que indica Redondo al respecto (pp. 182-183), no se trata de identificar «mínimos éticos» sino más bien entender el para qué de una institución jurídica. No sus «fines últimos». Con ello se consigue (i) una relación más fecunda entre teoría y dogmática, porque permite ofrecer una coherencia sistemática a sus explicaciones; y (ii) desarrollar explicaciones del derecho más profundas, como las que ofrecen las filosofías del derecho privado, penal, laboral, etc.

Redondo, en este capítulo, ofrece mostrar que LFD es un caso paradigmático de la tesis interpretativista. Sin embargo, es posible dar una lectura de Atria donde el problema no es conceptual, sino más profundo: desde una perspectiva institucional, el surgimiento de nuestras prácticas jurídicas, cuyo discurso se encuentra mediado por diversos conceptos jurídicos, tiene un sentido. Dicha mediación que cumplen los conceptos jurídicos tiene el propósito de hacer probable una idea pre-institucional que sin el derecho es improbable. Es ese sentido (función) el que hace inteligible las reglas (estructura). Creo que para Atria es posible «conceptualmente» hacer una teoría descriptiva del tipo de positivismo que critica, pero el problema (y su crítica) es otro[52]

esto exige un criterio lo más «ecuménico» posible, es decir, un criterio de individuación de los conceptos que sea tan delgado como sea posible. El resultado es una teoría del derecho que se queda en la superficie de los conceptos y declara irrelevantes (por no «científica») su comprensión más sofisticada.

Al contrario de lo que parece sugerir Redondo, la teoría de los conceptos jurídicos de Atria permite enriquecer el debate dentro de la reflexión de nuestras prácticas jurídicas tanto a nivel dogmático como teórico. La inteligibilidad de las reglas que conforman alguna institución jurídica a la luz de la función que pretenden desempeñar permite superar un análisis estático y ampliar su estudio para determinar en qué medida las reglas vigentes satisfacen efectivamente dicha función. Con ello, es posible realizar

51. Tomo esta distinción de Plunkett (2016, p. 207).
52. Atria (2016, p. 89).

un estudio crítico de nuestras instituciones legales en la práctica, en lugar de detenerse en ofrecer en los libros de derecho un conjunto de enunciados que en ocasiones se ven superados por la riqueza que presenta la interacción entre los operarios del derecho. En un nivel teórico, permite una reflexión filosófica de los distintos sectores del derecho, lo que puede ser descrito como un tránsito desde la teoría general del derecho hacia las teorías especiales del derecho.

5. CONCLUSIÓN

En el capítulo IV de PJI, Redondo presenta una crítica al interpretativismo, usando LFD como un ejemplo paradigmático de dicha posición teórica. Como no me parece que sea posible ubicar a LFD en el eje interpretativista, al menos bajo la caracterización que ofrece Redondo, he presentado una reformulación basada en el modelo de reconocimiento recíproco diacrónico de Brandom que permite problematizar la noción de concepto de la autora bajo la cual sustenta su positivismo normativo. Luego de ello, he presentado una respuesta a las críticas de Redondo a LFD, sugiriendo distinguir entre diversos grados de compromiso que exhibe la participación en una práctica. Ello permite, a su vez, distinguir tres etapas del proceso de reflexión sobre nuestras prácticas que he llamado pre-reflexivo, reflexivo y final. Mirado en estos términos, las diferencias entre Redondo y Atria no parecen ser tan sustantivas, y se delimitan al alcance de la teoría del derecho. Mientras para Redondo la teoría debe limitarse al nivel conceptual con indiferencia hacia nuestras prácticas, para Atria es posible, y urgente, dar un paso más allá de la dimensión conceptual. Ambas posiciones admiten una lectura en forma complementaria y, con ese propósito, he sugerido pensar el positivismo normativo como una actitud metodológica que se sitúa en la etapa reflexiva y que es antecedente de la etapa final, en la cual la teoría del derecho ofrece respuestas a las preguntas que realmente importan. Esta última etapa puede ser caracterizada bajo el institucionalismo de Atria.

REFERENCIAS

Aristóteles (1985). *Ética Nicomáquea* (Julio Pallí Bonet, trad.). Gredos.

Atria, F. (2002). *On law and legal reasoning*. Hart Publishing.

Atria, F. (2016). *La forma del derecho*. Marcial Pons.

Berlin, I. (2002). «Two concepts of liberty». En *Liberty* (Henry Hardy, ed.). Oxford University Press.

Berlin, I. y Williamson, B. (1994). «Pluralism and liberalism: a reply», *Political Studies*, XLI: 306-309. https://doi.org/10.1111/j.1467-9248.1994.tb01914.x

Brandom, R. (2014). «A hegelian model of legal concept determination: the normative fine structure of the judges' chain novel». En Hubbs y Lind (eds.), *Pragmatism, Law, and Language*. Routledge.

Brunschwig, J. (1996). «Rule and exception: on the aristotelean theory of equity». En Frede y Striker (eds.), *Rationality in greek thought*. Oxford University Press.

Davidson, D. (1984a). «Radical interpretation». En *Inquiries into truth and interpretation*. Oxford University Press.

Davidson, D. (1984b). « On the very idea of a conceptual scheme ». En *Inquiries into truth and interpretation*. Oxford University Press.

Dworkin, R. (2012). *El imperio de la justicia* (Claudia Ferrari, trad.). Gedisa.

Ferrer, J. y Ratti, G. (eds.) (2012). *The logic of legal requirements: essays on defeasibility*. Oxford University Press.

Gallego, J. (ed.) (2020). *El derecho y sus construcciones. Diálogos con La forma del derecho de Fernando Atria*. Palestra.

García Jaramillo, L. (ed.) (2021). *Ronald Dworkin. Una biografía intelectual*. Trotta.

Glock, H-J. (2012). *¿Qué es la filosofía analítica?* (Carmen García Trevijano, trad.). Tecnos.

Guala, F. (2016). *Understanding Institutions: The Science and Philosophy of Living Together*. Princeton University Press.

Hart, H.L.A. (1968). *El concepto de derecho* (Genaro Carrió, trad.). Abeledo-Perrot.

Heath, Th. (1921). *A history of greek mathematics*. Oxford University Press.

Kant, I. (2009). *Crítica de la razón pura* (Mario Caimi, trad.). Fondo de Cultura Económica.

Kavanagh, A. y Oberdiek, J. (eds.) (2008). *Arguing about law*. Routledge.

Kornhauser, L. (2017). «The economic analysis of law». En *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Edward N. Zalta (ed.), URL = <https://plato.stanford.edu/archives/fall2017/entries/legal-econanalysis/>.

Kuhn, Th. (1961). *The structure of scientific revolutions*. University of Chicago Press.

MacCormick, N. (1986). «Law as institutional fact». En Weinberger y MacCormick (eds.), *An institutional theory of law: new approaches to legal positivism*. Reidel.

MacCormick, N. (2007). *Institutions of law. An essay in legal theory*. Oxford University Press.

Moore, M. (1989). «The interpretive turn in modern theory: a turn for the worse? », *Stanford Law Review*, 41: 871-957. https://doi.org/10.2307/1228741

Mosterín, J. (1999). «Grandeza y miseria de la filosofía analítica», *Cuaderno Gris,* 4: 33-42.

Patterson, D. (ed.) (2003). *Philosophy of law and legal theory: An anthology*. Blackwell.

Pereira, E. (2000). «Atria y el análisis conceptual como superficialidad». En Gallego, J. (ed.), *El derecho y sus construcciones. Diálogos con La forma del derecho de Fernando Atria*. Palestra.

Peter, F. (2013). «Epistemic foundations of political liberalism», *Journal of Moral Philosophy*, 10: 598-620. https://doi.org/10.1163/17455243-4681033.

Plunkett, D. (2016). «Negotiating the meaning of "law": the metalinguistic dimension of the dispute over legal positivism», *Legal Theory*, 22: 205-75. https://doi.org/10.1017/S1352325216000070

Redondo, M. (2018). *Positivismo jurídico «interno»*. Revus.

Ross, A. (2019). *On law and justice* (trad. Uta Bindreiter). Oxford University Press.

Sauca, J. (ed.) (2015). *El legado de Dworkin a la filosofía del derecho*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Searle, J. (2010). *Making the social world: the structure of human civilization*. Oxford University Press.

Spaak, T. y Mindus, P. (eds.) (2021). *The Cambridge companion to legal positivism*. Cambridge University Press.

Tschorne, S. (2018). « Legal positivism's legitimate heir? », *Crítica: Revista Hispanoamericana de Filosofía,* 50 (150), 91-112. https://doi.org/10.22201/iifs.18704905e.2018.17

Wittgenstein, L., (2009). *Investigaciones filosóficas* (Alfonso García Suárez y Carlos Ulises Moulines, trad.). Gredos.

Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, (2022), *45*
e-ISSN: 2386-4702 | ISSN: 0214-8676

La imposibilidad del positivismo jurídico interno

The Impossibility of Internal Legal Positivism

Lorena Ramírez-Ludeña*

Autor:
Lorena Ramírez-Ludeña
Universidad Pompeu Fabra, España
lorena.ramirez@upf.edu
https://orcid.org/0000-0001-7902-9735

Recibido: 1-5-2021
Aceptado: 16-11-2021

Citar como:
Ramírez-Ludeña, Lorena (2022). La imposibilidad del positivismo jurídico interno. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, *45*, pp. 603-620. https://doi.org/10.14198/DOXA2022.45.22

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

© Lorena Ramírez-Ludeña

Resumen

En este trabajo analizo el último capítulo del libro de Cristina Redondo «Positivismo jurídico 'interno'». Redondo cuestiona la que denomina «tesis de la imposibilidad», de acuerdo con la cual no es posible el discurso teórico no comprometido relativo a conceptos institucionales o a las exigencias de los sistemas jurídicos. Para sostener la tesis contradictoria, la autora distingue dos sentidos de «punto de vista interno» y de «punto de vista externo», lo que le sirve para exponer diversos modos en que pueden entenderse los conceptos institucionales y, en particular, cómo los entiende el positivismo jurídico interno. Finalmente, advierte que los diferentes modos de teorizar están condicionados por los presupuestos que se asumen con respecto a los conceptos jurídicos y, sobre esa base, defiende que no existe un único método en la teoría jurídica. En mi trabajo me refiero a tres problemas que, aunque relacionados entre sí, analizaré separadamente y que llevarán a cuestionar la posibilidad de un positivismo jurídico interno: (1) La ambigüedad de la distinción interno/externo; (2) el objeto de análisis del positivismo jurídico interno y su tesis distintiva; y (3) la inexistencia de un único método en la teoría jurídica y la neutralidad de las teorías.

Palabras clave: tesis de la imposibilidad; positivismo jurídico interno; punto de vista interno/externo; neutralidad; conceptos.

Abstract

In this paper, I analyze the last chapter of Cristina Redondo's book «'Internal' legal positivism». Redondo questions what she calls the «impossibility thesis», according to which an uncommitted theoretical discourse regarding institutional concepts or the requirements of particular legal systems is not possible. To support the contradictory thesis, the author distinguishes two meanings of «internal point of view» and «external point of view», which helps

* Agradezco a Diego M. Papayannis, Sebastián Agüero y Samuele Chilovi sus comentarios a una versión previa de este trabajo.

her to expose different ways in which institutional concepts can be understood and, in particular, how internal legal positivism understands them. Finally, she holds that the different ways of theorizing are conditioned by our assumptions as regards to legal concepts and, on that basis, she defends that there is no single method in legal theory. In this paper I make reference to three problems that, although related to each other, I will analyze separately, and that will lead me to question the possibility of an internal legal positivism: (1) The ambiguity of the internal / external distinction; (2) the object of analysis of internal legal positivism and its distinctive thesis; and (3) the non-existence of a single method in legal theory and the neutrality of the theories.

Keywords: impossibility thesis; internal legal positivism; internal/external point of view; neutrality; concepts.

INTRODUCCIÓN

En su libro «Positivismo jurídico 'interno'», publicado en 2018, Redondo analiza críticamente problemas centrales de la teoría del derecho contemporánea[1]. Los diversos argumentos que aparecen a lo largo del trabajo se apoyan en una concepción del derecho que la autora denomina «positivismo jurídico interno», y que es defendida de manera explícita en el último capítulo.

En ese último capítulo, que lleva por título «La posibilidad de un positivismo jurídico 'interno'», Redondo cuestiona la que denomina «tesis de la imposibilidad», de acuerdo con la cual no es posible el discurso teórico no comprometido relativo a conceptos institucionales o a las exigencias de los sistemas jurídicos. A efectos de sostener la tesis contradictoria (que sí es posible ese discurso no comprometido), la autora distingue dos sentidos de «punto de vista interno» y de «punto de vista externo». Esas distinciones le sirven para exponer diversos modos en que pueden entenderse los conceptos institucionales y, en particular, cómo los entiende el positivismo jurídico interno. Finalmente, Redondo advierte que los diferentes modos de teorizar están condicionados por los presupuestos que se asumen con respecto a los conceptos jurídicos y, sobre esa base, defiende que no existe un único método en la teoría jurídica.

A continuación, presentaré y discutiré las principales cuestiones que se abordan en el capítulo, refiriéndome a tres problemas que, aunque relacionados entre sí, analizaré separadamente: (1) La ambigüedad de la distinción interno/externo; (2) el objeto de análisis del positivismo jurídico interno y su tesis distintiva; y (3) la inexistencia de un único método en la teoría jurídica y la neutralidad de las teorías. En todo caso, mis comentarios críticos no hacen más que poner de manifiesto lo sugerente que resulta, como es habitual, el trabajo de Redondo.

1. Redondo, 2018. A lo largo del trabajo haré referencia a las ideas de este texto de Redondo indicando entre paréntesis las páginas en que pueden encontrarse. El libro ha sido ampliamente discutido en los últimos tiempos, por ejemplo, en un número especial de la revista *Revus*, editado por Paula Gaido (2020), en que Jorge L. Rodríguez analiza también, aunque con distintos argumentos a los que aquí se plantearán, el último capítulo del libro de Redondo.

1. La ambigüedad de la distinción interno/externo

1.1. Las principales tesis del texto de Redondo

Redondo señala que, con frecuencia, positivistas y no positivistas comparten la **tesis de la imposibilidad** de un discurso teórico no comprometido por lo que respecta al contenido de las instituciones (pp. 196 y ss.).

La autora advierte que, con respecto al conocimiento de las normas, ciertos positivistas no-cognitivistas asumen, en consonancia con su metodología científica, que el discurso teórico se lleva siempre a cabo desde el punto de vista externo. El lenguaje teórico es descriptivo, neutral, y está dotado de contenido empírico, distinguiéndose el discurso de una teoría sobre el derecho del discurso del propio derecho, que sí sería comprometido. Entonces, los presupuestos conceptuales de esta posición hacen que sea *imposible un discurso teórico desde el punto de vista interno* de quienes aceptan y presuponen justificadas las instituciones a las que se refieren.

En contraste, sostiene Redondo, para cierta posición cognitivista asociada al anti-positivismo, el discurso teórico sobre instituciones jurídicas se lleva a cabo siempre desde el punto de vista interno, comprometiéndose con un conjunto de principios que las justifican. El anti-positivismo asume, además, que el discurso de una teoría sobre el derecho, aunque es más abstracto, es del mismo tipo que el discurso del derecho, y contribuye a conformar su objeto de estudio. De este modo, entienden que *una teoría exclusivamente descriptiva respecto de un objeto institucional es imposible*.

Pese a sus diferencias, las dos posiciones coinciden en su rechazo de la posibilidad de un método de aproximación puramente descriptivo cuando se intenta identificar un concepto jurídico o aquello que es jurídicamente obligatorio, o está prohibido o permitido hacer. En otras palabras, dice la autora, comparten la *necesidad de un punto de vista interno acerca del contenido de las instituciones o, lo que es lo mismo, la imposibilidad de un punto de vista externo*.

Redondo, en cambio, sostiene una tercera alternativa, el positivismo jurídico interno, de acuerdo con el cual el debate teórico que tiene por objeto contenidos normativos es *posible* tanto desde el punto de vista interno de los aceptantes de una institución como desde el punto de vista externo de quienes no se comprometen con ella. Por lo que respecta al objeto, se distancia de la primera posición y coincide con la segunda, al entender que el objeto de estudio de la teoría jurídica no es de carácter meramente empírico, sino que parte de su objeto es el contenido normativo de las instituciones jurídicas. Pero difiere de las dos por lo que respecta al método: de la primera, puesto que no propone el mismo método de las ciencias empíricas, y de la segunda, puesto que no propone un método necesariamente justificativo.

Con el objetivo de exponer su posición y mostrar su plausibilidad, Redondo destaca que los partidarios de la tesis de la imposibilidad no distinguen dos sentidos diferentes en que pueden entenderse las expresiones «punto de vista interno» y «punto de vista externo».

En primer lugar, Redondo traza una distinción que denomina «**semántica**» (pp. 203-208). El contraste entre punto de vista interno y externo se utiliza en ciertos contextos para identificar dos tipos de enfoques metodológicos y de discursos con los que se puede analizar una institución social. Un enfoque externo es aquel que, desde la perspectiva de una tercera persona, trata de describir y explicar los aspectos empíricos o comportamentales de una institución. En cambio, el interno es aquel que, desde la perspectiva de una tercera persona, intenta captar y explicar los conceptos con los que los participantes se refieren a una institución, o el significado que esa institución tiene para los que la aceptan. Para ello, intenta situarse en la posición de los aceptantes, o toma en consideración las reglas que los involucrados en la práctica están siguiendo, o la auto-comprensión de los participantes. Es decir, tiene en cuenta a aquellos que con sus comportamientos, creencias o actitudes constituyen y mantienen la práctica.

Esta primera distinción nos permite identificar dos tipos de discurso, *siempre descriptivo*: hay enunciados externos 1, que suponen una descripción desde el punto de vista externo (pve1) y pretenden referirse a datos exclusivamente empíricos; y enunciados internos 1, que suponen una descripción desde un punto de vista interno (pvi1) y pretenden identificar y usar los conceptos del grupo social. Este último tipo de discurso no nos dice nada sobre las actitudes prácticas del teórico, ni lo convierte en participante. Según Redondo, en un caso las teorías establecen relaciones causales, en el otro entre significados o proposiciones.

De acuerdo con las definiciones anteriores, los enunciados externos 1 no nos permiten identificar los conceptos que se aplican a una institución o los contenidos normativos en los que ella consiste. Entonces, con respecto a instituciones sociales como el derecho, Redondo asume la *necesidad* del pvi1. En definitiva, el enfoque externo (pve1) tiene que ver con lo estrictamente empírico, por lo que es irrelevante para la teorización en el ámbito jurídico, en que nos interesa identificar conceptos; el discurso teórico relevante en el derecho tiene un carácter descriptivo pero se realiza desde el pvi1, ya que se pretenden identificar y usar los conceptos del grupo social en cuestión.

La distinción entre punto de vista externo e interno se usa también para indicar la presencia o ausencia de una actitud práctica de aceptación o aprobación frente al contenido normativo de ciertas instituciones sociales. Quien asume entonces el punto de vista interno no solo comprende y usa conceptos del grupo social, sino que se compromete con sus reglas y las justifica. En este caso, se trata de una distinción que Redondo denomina **«pragmática»** (pp. 208-216). La autora adopta el lenguaje cognitivista, entendiendo que quien acepta una institución es quien propone explícitamente, o presupone implícitamente, la verdad de algún conjunto de creencias que la justifican[2].

2. La actitud relevante podría describirse también en términos no-cognitivistas, como una actitud de adhesión o aceptación respecto de las reglas. Redondo usa la noción de presuposición en sentido pragmático, al entender que «las presuposiciones, en este sentido, están dadas por el trasfondo de creencias que el hablante asume como verdaderas en una situación lingüística. Las presuposiciones son las proposiciones cuya verdad el hablante da por descontada, o aparenta dar por descontada, en un determinado contexto,

En este ámbito, los puntos de vista se adoptan respecto del mismo tipo de objeto: el contenido de conceptos o enunciados normativos, es decir, frente al contenido de enunciados internos 1. Si se da la actitud de aceptación estaremos frente al punto de vista interno 2 (pvi2), y si no ante el punto de vista externo 2 (pve2). Y hay una compleja gama de actitudes que puede darse. Redondo señala que el pve2 incluiría la perspectiva del hombre malo de Holmes, la del malhechor o el anarquista y la de la víctima (aunque no está del todo claro a qué apunta aquí la autora). El pvi2 incluiría a quienes siguen las reglas por costumbre, con una adhesión irreflexiva; también a quienes adoptan frente a ellas una política de apoyo consciente, pese a que no crean en su corrección; y a quienes sí creen en la corrección moral de las normas. En todo caso, hay un compromiso en términos prácticos de quien cree, o presupone, que las normas que acepta están justificadas.

Con respecto a la distinción pragmática, las dos posiciones son excluyentes y conjuntamente exhaustivas: la adopción del pvi2 o del pve2 no se expresa en distintos tipos de enunciados, que refieren a distintos tipos de objetos, sino que las ideas de pvi2 y pve2 aluden a la actitud pragmática, *de aceptación o no*, con la cual se formula cualquier enunciado interno 1 (un enunciado sobre el significado o contenido de una institución).

Añade Redondo que detectar que un enunciado expresa un pvi2 o pve2 no es detectar las creencias o actitudes que efectivamente, o sinceramente, tiene el hablante, sino aquellas con las que se compromete y que podemos atribuirle en un momento dado. De este modo, nada excluye que un verdadero aceptante, en una determinada ocasión, formule enunciados que se refieren a ella, pero sin comprometerse con su justificación. Y es posible que un agente que no participa o no es aceptante se refiera a ella en un momento dado, presuponiendo que está justificada.

Una teoría que se coloca en pvi1 y pve2 admite que existen creencias o teorías que justifican la institución, pero no se compromete con su contenido. En todo caso, señala Redondo, ninguna de las posiciones anteriores niega el rol constitutivo que desempeña la actitud del pvi2 para que una determinada institución llegue a existir o permanezca en el tiempo. La autora asume así la *relevancia ontológica del pvi2*. En este sentido, la existencia de una institución social es parcialmente auto-referente. Esto explica por qué, desde pvi2 de los aceptantes, una institución es un conjunto de reglas de comportamiento que se consideran justificadas; y, por ello, las reglas son vistas como razones para la evaluación y guía de comportamiento.

al pronunciar los enunciados que pronuncia. Normalmente las presuposiciones se creen verdaderas, pero no es necesario que así sea. Por ejemplo, un hablante puede presuponer aquello que cree o sabe que es falso ya sea para engañar a su interlocutor, ya sea para facilitar la comunicación (…). Si una proposición *A* presupone pragmáticamente una proposición *B*, ello significa que *B* es necesaria para que *A* pueda ser verdadera. En cambio, *A* presupone semánticamente una proposición *B* si, y solo si, *B* es necesaria para que *A* pueda tener valor de verdad» (p. 209, n. 217).

1.2. Análisis crítico

Hemos visto que, con el propósito de sostener la posibilidad de adoptar como objeto de estudio el contenido de las instituciones jurídicas, y de hacerlo de un modo no comprometido, Redondo diferencia los puntos de vista interno y externo 1 y 2. Las distinciones le permiten sostener que es posible adoptar el punto de vista interno 1 (relativo a conceptos), pero externo 2 (no comprometido) de forma que, si apreciamos la ambigüedad de las expresiones, la tesis de la posibilidad que plantea el positivismo jurídico interno deviene perfectamente plausible.

Pese a que las distinciones resultan iluminadoras, no solo de la aproximación de Redondo sino también de las otras posiciones, en este apartado plantearé algunas dudas al respecto, que me conducirán a reflexionar sobre su claridad, su utilidad y, en el último apartado, sobre el carácter novedoso de los planteamientos de la autora.

Con respecto al pve1, no resulta del todo claro qué posiciones teóricas asumirían en el ámbito iusfilosófico ese punto de vista, y habría que precisarla para que no se convirtiera en una categoría vacía e irrelevante, o en una suerte de enemigo a la medida. Redondo se refiere a esta posición –de la que, según dice, podría darse cuenta apelando a la posición en que se encontraría un extraterrestre– como abarcando a los positivistas no cognitivistas (p. 196) y la llamada «jurisprudencia naturalizada» (pp. 202 o 207, por ejemplo). Pero excluye a Ross explícitamente, puesto que entiende que adopta el pvi1 (pp. 216 y ss.). Y apunta que el pve1 constituye una aproximación empirista que da cuenta de aspectos comportamentales, y que prescinde de los conceptos empleados por los participantes.

Pues bien, la contraposición entre lo conductual y empírico, por un lado, y lo conceptual, por otro lado, o entre las relaciones causales y las conceptuales, puede ser cuestionada. De hecho, Ross adopta una metodología empirista y Redondo entiende que adopta el pvi1[3]. ¿Qué lo diferenciaría de manera relevante de autores como Guastini, que parecerían ser incluidos por Redondo entre los positivistas no cognitivistas, sosteniendo el pve1? Si la cuestión fundamental, más allá de que se asuma una aproximación empirista, es si se confiere un peso central al análisis de los conceptos de la práctica, es obvio que autores como Guastini adoptarían también el pvi1, analizando conceptos prominentes en la práctica jurídica como norma, obligación, validez o jerarquía normativa[4].

Pero, no se trata solo de que no quede claro qué teóricos quedarían o no abarcados. El problema radica en que, apelar a lo empírico, lo causal, en contraposición a lo conceptual, supone cierta simplificación. Esto es así incluso si tuviéramos en cuenta la perspectiva de un extraterrestre. No es implausible asumir que el extraterrestre trataría (de modo más o menos exitoso) de trazar vínculos entre sus conceptos y los conceptos que se usan en la práctica que analiza, del mismo modo que haríamos nosotros si

3. Ross, 2005, pp. 23 y ss.
4. Véase, por ejemplo, Guastini, 1999.

quisiéramos dar cuenta del comportamiento de una tribu desconocida[5]. Es decir, el extraterrestre podría entender que es irrelevante que a los participantes les resulte inteligible su análisis de los conceptos como condición de éxito explicativo de su teoría, pero de aquí no cabría concluir entonces que solo le interesa describir ciertas relaciones causales o la mecánica de ciertos comportamientos. La simplificación de Redondo puede ponerse de manifiesto recurriendo a ejemplos, como el de las colonias de hormigas, en que la incidencia de los conceptos de la práctica en la teorización es todavía más cuestionable. Cuando decimos que, mediante feromonas, las hormigas dejan un rastro al hallar alimentos, que es seguido por las otras hormigas, no nos estamos limitando a describir qué hacen –de hecho, hacen muchas cosas, como mover las patas, detenerse, rectificar el rumbo, volver a caminar, pero no tendría sentido recogerlas todas en la teorización– ni a explicar cómo un determinado rasgo ha surgido causalmente. En cambio, con frecuencia nos centramos en las funciones que cumple el ítem (por ejemplo, el rastro de feromonas) en un determinado contexto. Ello requiere identificar qué servicio beneficioso presta para las hormigas dejar el rastro de feromonas de modo que pueda anticiparse razonablemente que existirá una resistencia frente a toda tendencia que intente suprimirlo[6]. Me estoy refiriendo aquí a las explicaciones externas funcionales, que tienen un alto grado de sofisticación y que Redondo no considera. En definitiva, los rasgos que la autora introduce para entender que una teoría adopta el pve1 no son demasiado precisos y pueden suponer que esa teorización se torne ciertamente trivial, y no solo cuando estamos frente a prácticas relacionadas con instituciones. Tener en cuenta las aproximaciones funcionalistas, en contraposición con las aproximaciones internas, sí nos permite reflejar los planteamientos teóricos externos que se han llevado a cabo en el ámbito iufilosófico y fuera de él. De hecho, como trataré de mostrar más adelante, si se articulara una visión más plausible de los enfoques externos, Redondo tendría mayores dificultades para rechazar este tipo de aproximaciones en el ámbito jurídico, o al menos debería proporcionar argumentos adicionales para sostener que no se trata de otra posibilidad más, junto a las que adoptan (con distintas actitudes) el pvi1.

Por otro lado, cabría cuestionar la utilidad teórica de distinguir el pve1 del resto. Teniendo en cuenta el modo en que Redondo se refiere al pve1 (centrado en lo estrictamente empírico, sin tomar en cuenta los conceptos de la práctica), ¿qué sentido tiene hacer un análisis diferenciado? La mayor parte de las teorías que participan del debate iusfilosófico y a las que Redondo apunta recurren, como ya se ha señalado, a los conceptos de la práctica, pese a ser en muchos casos declarados empiristas. Más útil parecería en cambio trazar las distinciones en términos de si, como cuestión ontológica, la existencia de una práctica jurídica depende de que los participantes adopten el pvi2. Esta tesis, que Redondo entiende como no controvertida, es la que parece diferenciar principalmente posiciones como las del realismo genovés y Hart. Por ejemplo, mientras

5. Winch, 1994, pp. 31 y ss.
6. Papayannis, 2013.

que Guastini rechaza la relevancia teórica de ciertos estados mentales a los que (desde su punto de vista) no podemos acceder, y además enfatiza que los sistemas jurídicos están plagados de no aceptantes, Hart en cambio considera que la actitud crítico-reflexiva con respecto a la regla de reconocimiento constituye una de las condiciones de existencia de los sistemas jurídicos. En definitiva, la distinción entre pve1 y pvi1, tal y como es planteada por Redondo, no parece dar cuenta de las discusiones teóricas, especialmente entre los positivistas, ya que puede decirse que todos ellos se centran en conceptos y significados y adoptan (aunque con obvias diferencias) una metodología positivista-empirista. La discusión sobre la cuestión ontológica, y si el pvi2 de los participantes es determinante para que exista y perviva una institución jurídica, y cómo ello condiciona y está condicionado por la metodología que se asume, parece en cambio más central al debate teórico. También parece ser central entre los positivistas considerar si pueden proferirse enunciados que preserven la normatividad del lenguaje del derecho, lo que parece suponer cierta actitud de aceptación (que se ajustaría por tanto a la perspectiva interna 2), pero que se formulen desde una perspectiva positivista, y por lo tanto en principio desde el pve2. Redondo tampoco aborda esta cuestión en profundidad, y se limita a apuntar brevemente diversos modos de entender los enunciados cuando presenta la distinción semántica (véase p. 204, n. 207)[7].

Además, Redondo señala que el enfoque del pvi1 es aquel que, siempre desde la perspectiva de una *tercera persona*, *describe* los conceptos de los participantes. Este carácter descriptivo, además de resultar algo oscuro y no estar de todo claro por qué es necesario introducirlo, plantea problemas con sus afirmaciones posteriores acerca de las actitudes de quienes emplean este discurso (supuestamente descriptivo). Una cuestión por analizar con mayor profundidad es si una visión como esta es en realidad compatible con autores como Dworkin, quien rechazaría que teóricos y participantes se sirvan de un lenguaje fundamentalmente descriptivo[8]. En este mismo sentido, ¿no asume de entrada Redondo, por el modo en que presenta la distinción semántica, la verdad de su aproximación a los conceptos y la tesis de la posibilidad?

Hemos visto que Redondo distingue también entre pvi2 y pve2 para indicar la presencia o no de una actitud de aceptación frente al contenido normativo de ciertas instituciones sociales. El pve2 incluiría al hombre malo de Holmes. La clave, señala, es si hay un compromiso de quien cree, o presupone (aunque crea que es falso), que las normas están justificadas. Y ya vimos que, de acuerdo con Redondo, detectar que un enunciado expresa un pvi2 o pve2 no es detectar las creencias que efectivamente tiene el hablante, sino aquellas que podemos atribuirle en un momento dado, por lo que es posible que un no aceptante, en una específica ocasión, se refiera a la institución presuponiendo que está justificada.

7. Sobre estas cuestiones, y criticando a Hart, véase Guastini, 2014, quien con frecuencia se sirve de apreciaciones de Ross en la discusión.
8. Veáse Dworkin, 1986, capítulo 2, y Lifante, 2015.

Además de los problemas que esta noción de aceptación puede conllevar, en términos de las dificultades epistémicas para determinar quién es un aceptante en general y quien adopta puntualmente el pvi2 (distinción que Redondo parece asumir), cabría plantearse por qué entonces el hombre malo de Holmes no quedaría incluido entre los aceptantes. Es indudable que el hombre malo tiene una actitud práctica, y puede entenderse que trata de engañar al resto para no ser castigado. ¿Por qué entonces no quedaría abarcado por la noción de presuposición pragmática de Redondo? ¿Por qué no sería un aceptante, si cabe entender que presupone con frecuencia (aunque sea para engañar) que una institución está justificada? De hecho, ¿tiene sentido hablar del hombre malo en general, en una concepción como la de Redondo, y no meramente de adopción puntual del pve2 o pvi2? Incluso si admitimos que no es un aceptante, la autora parece expresamente comprometida con admitir que puede emitir enunciados desde el pvi2. Cabría entonces plantearse, como cuestión ontológica, si podría subsistir una institución en que solo pervivieran hombres malos *a la* Holmes (asumiendo, como ella hace, que no son aceptantes) pero que emitieran regularmente enunciados desde el pvi2.

2. El objeto de análisis del positivismo jurídico interno y su tesis distintiva

2.1. Las principales tesis del texto de Redondo

Redondo analiza las posiciones de Ross y Dworkin con respecto al objeto de estudio de la teoría jurídica para mostrar con mayor claridad su posición, a la vez que pone de manifiesto la utilidad de las distinciones planteadas en el capítulo.

La autora señala que, en un ámbito como el jurídico, hay que matizar la distinción entre el objeto de estudio de la teoría y los conceptos que la teoría usa para referirse a él. Se trata siempre de teorías que adoptan el pvi1, es decir, un conjunto de enunciados internos 1 que intentan captar conceptos o significados. No obstante, la distinción desaparece, según Redondo, en casos como el de Ross, que entiende que los conceptos institucionales que estudia carecen de referencia (pp. 216-221). El concepto permite simplificar un conjunto concreto de reglas vigentes, confiriéndoles orden sistemático, y no designa fenómenos entre los hechos condicionantes y las consecuencias; no existe ninguna entidad o propiedad que los términos institucionales delimiten, ni objetos o instancias individuales de ese tipo de entidad. En un sentido, admite que existen instancias individuales de instituciones concretas, pero no son entidades individuales. Si queremos saber en qué consiste un ejemplo de una institución como la propiedad, tenemos que ver cómo los jueces usan la palabra, es decir, a qué hechos y a qué consecuencias asocian su aplicación[9].

9. En cambio, como veremos, los no-reduccionistas como Dworkin o Redondo no solo aceptan la existencia de objetos institucionales que son designados por los conceptos institucionales, sino también la existencia de objetos individuales que instancian dicha clase de objetos.

De acuerdo con Redondo, el objetivo de Ross es mostrar que el lenguaje normativo al que las instituciones jurídicas pueden reducirse carece de sentido, al ser un resabio de creencias mágicas que se deberían abandonar, por lo que asume el pve2. Esto no impide que podamos captar con precisión el sentido que el lenguaje institucional tiene desde la perspectiva de los participantes (pvi1). En esta medida, las distinciones señaladas por Redondo nos permiten precisar mejor la posición de Ross, y entender cuáles son los presupuestos que asume para defender la imposibilidad del pvi2 por parte del teórico.

Redondo se refiere también al interpretativismo *dworkiniano* (pp. 221-226). Dworkin advierte que la expresión «concepto» se usa en múltiples sentidos[10]. Los conceptos aplicables a instituciones como el derecho consisten en una teoría interpretativa muy abstracta que justifica, primero, distintas sub-interpretaciones más concretas y, en última instancia, el contenido de los distintos conjuntos de reglas en los que las instituciones consisten. Entonces, de acuerdo con Dworkin, cuando se teoriza no se identifica el contenido de reglas, como en Ross, sino aquellos principios muy generales que, a la vez que señalan características típicas de un género de instituciones, las justifican. El concepto es la hipótesis más abstracta que mejor racionaliza el contenido de las instituciones, por lo que identificarlo es hacer explícita la conclusión de una inferencia a la mejor explicación. La teoría tiene que mostrar en su mejor luz las creencias de los participantes y el modo en que la institución se ha desarrollado a lo largo de la historia. De ello se desprende, de acuerdo con la reconstrucción de Dworkin ofrecida por Redondo, que el lenguaje de la teoría que identifica el concepto no es de un tipo diferente al del lenguaje del derecho; y que las propuestas teóricas, como las creencias de los participantes, contribuyen a construir el objeto al cual se refieren.

Dworkin distingue el concepto doctrinario (que identifica y se compromete con la verdad de alguna teoría que sustenta un tipo de institución efectivamente existente), del aspiracional (que indica un ideal y pierde la dimensión de adecuación, y sería el caso de la teoría de Ferrajoli o de Atria), y entiende que ambos son interpretativos, justificativos y, en contraste con Ross, son conceptos internos 2 cuya identificación, necesariamente, se hace desde un pvi2. De nuevo, señala Redondo, las distinciones anteriores resultan de utilidad para precisar las posiciones: Dworkin asume la necesidad del pvi1 y 2 para dar cuenta del fenómeno jurídico, dados los presupuestos que adopta en su teorización.

En contraste con lo anterior, conforme al *positivismo jurídico interno* un concepto es un conjunto de propiedades (relevantes, especialmente interesantes o distintivas) que se verifican en, y en ese sentido describen, toda instancia (o, al menos, toda instancia paradigmática) que cae bajo su ámbito de aplicación (pp. 227-234). En este sentido, señala Redondo, se identifican propiedades exclusivamente descriptivas. En cuanto a

10. Así, los conceptos pueden ser criteriales, de clase natural e interpretativos. Y, con respecto al concepto de derecho, distingue el concepto sociológico, el taxonómico, el doctrinal y el aspiracional. Los dos primeros son criteriales y los dos últimos interpretativos.

la relación entre el concepto y sus instancias de aplicación, se trata de una relación de inclusión: cada instancia de aplicación es un ejemplo incluido en la clase delimitada por el concepto.

Redondo distingue dos tipos de objeto de la teoría jurídica, que las posiciones anteriores hacen colapsar: los conceptos institucionales y el contenido conceptual de las instituciones jurídicas. Para Ross son lo mismo y para Dworkin se diferencian solo en el grado de abstracción. En cambio, para el positivismo interno en toda teoría jurídica cabe distinguir aquellos discursos que identifican o explican un concepto de aquellos que identifican o explican el contenido de una institución concreta. Son discursos que refieren a objetos diversos; de hecho, señala Redondo, el contenido de un concepto institucional no puede inferirse del contenido de instituciones que lo ejemplifican, ni el contenido de las instituciones puede inferirse, ni justificarse, a partir del concepto que ellas ejemplifican.

Siguiendo las distinciones anteriormente expuestas, una teoría que identifica un concepto institucional adopta un pvi1, e identifica conceptos generales de carácter interno1. Pero para hacerlo el teórico adopta el pve2, es decir, no propone ni presupone ninguna teoría que justifique el tipo de institución a la que se refiere. Esto es posible solo si se advierte la ambigüedad y se acepta la distinción señalada con anterioridad.

Lo anterior es compatible con admitir que la existencia de una institución presupone la existencia de alguna teoría justificativa que le atribuye algún valor o función. En este sentido, puede vincularse la posición de Hart con, por ejemplo, la función de regular el comportamiento, y entenderse que esto es algo valioso. Pero, en la visión positivista, estas características son parte del concepto de derecho, si lo son, no porque confieran un valor al derecho, sino porque, en la visión de los participantes, caracterizan toda instancia de derecho. Por ello, cada uno de los debates y posibles desacuerdos teóricos entre los positivistas se refiere a un tema diferente y se lleva a cabo desde un enfoque metodológico distinto de los debates y desacuerdos entre los interpretativistas.

2.2. Análisis crítico

Redondo se sirve de las distinciones entre puntos de vista interno y externo 1 y 2, para presentar su visión acerca de los conceptos, de acuerdo con la cual se adopta el pvi1 pero el pve2. Y deja constancia de su posición a partir del rechazo de la tesis de la imposibilidad, en virtud de la cual es necesario asumir el punto de vista interno cuando nos referimos a instituciones y contenidos normativos. Pero si la cuestión es que, contra las otras concepciones, es posible el punto de vista externo acerca de instituciones y contenidos normativos, no parece adecuado emplear el denominativo «interno», si su tesis es precisamente que el enfoque *externo* también es posible.

Vimos que, según el positivismo jurídico interno, el análisis teórico es *posible* tanto desde el punto de vista interno de los aceptantes de una institución como desde el punto de vista externo de quienes no se comprometen con ella. Esto es precisamente

lo que enfatiza Redondo al rechazar la tesis de la imposibilidad. Entonces, si lo que tiene de característica su posición es que es más abarcativa que el resto, por reconocer la posibilidad de distintos puntos de vista cuando se trata de aproximaciones y enunciados acerca de instituciones, de nuevo no termina de estar claro en qué medida el positivismo que suscribe es *interno*.

Más allá de la cuestión terminológica, que puede conducir a equívocos pero no es determinante, me centraré ahora en otras consideraciones, conectadas con lo anterior. Asumiendo que la tesis de la posibilidad es la tesis central del positivismo jurídico interno, surgen entonces dos dudas. La primera es que, si su objetivo es enfatizar la relevancia teórica del pve2, cabría plantearse en qué medida su posición se diferenciaría de Hart. Hart enfatiza que los participantes adoptan el punto de vista interno, que debe ser tenido en cuenta por el teórico a efectos de reconstruir adecuadamente el fenómeno jurídico, sin que ello lo convierta en aceptante. Esta parece ser exactamente la posición de Redondo, sin que se aprecien claramente las diferencias, aunque Hart no emplee la misma terminología[11].

En cuanto a la segunda duda, si el argumento central de Redondo es que es *posible* elaborar teorías tanto adoptando el pve2 como el pvi2, cabría cuestionar si autores como Hart, Dworkin, o incluso Ross, rechazarían esta tesis. De hecho, como Redondo reconoce en su texto (p. 221), Dworkin distingue diversos tipos de conceptos y entiende que es posible teorizar acerca del concepto doctrinal, pero también acerca del taxonómico. En opinión de Dworkin, esta última labor no tendría demasiada relevancia, pero admite su posibilidad. Y Redondo (p. 238) reconoce explícitamente que, según Ross, un concepto institucional podría identificarse ya sea desde un pvi2 o desde un pve2, aunque Ross se decante por el segundo. De este modo, si esta fuera la tesis central del texto de Redondo, no solo no sería rechazada, sino que, de acuerdo con la autora, ha sido asumida o planteada explícitamente por otros autores a los que Redondo hace referencia. Finalmente, es importante advertir que, en todo caso, su análisis parece asumir la necesidad del pve2, precisamente por la visión que presenta al hacer referencia a los conceptos institucionales que acabamos de ver, que asocia con la adopción del pve2[12].

Con respecto a estas últimas consideraciones, acerca de la posibilidad de adoptar tanto el pve2 como el pvi2, resulta cuestionable por qué circunscribe su visión, en

11. Hart, 1994. Esto es así aunque, como señala Rodríguez-Blanco, 2007, en ocasiones el posicionamiento de Hart no resulte suficientemente preciso.
12. Como vimos, de acuerdo con el positivismo jurídico interno, un concepto (como el de derecho y otros conceptos jurídicos) *es* un conjunto de propiedades que se verifican en, y en ese sentido describen, toda instancia que cae bajo su ámbito de aplicación. Una crítica, en la que no me detendré aquí, es que el hecho de que el teórico pueda describir el modo en que los participantes usan los conceptos sin comprometerse no tiene por qué conducir a considerar que las propiedades relevantes tienen que ser ellas mismas descriptivas. La autora tampoco aporta argumentos concluyentes para sostener por qué habría que adoptar esta visión para todos los conceptos que tienen que ver con instituciones. Sobre esto último, véase Ramírez-Ludeña, 2015, capítulos 4 y 5.

principio más abarcativa, a aquellas posiciones que adoptan el pvi1, excluyendo las teorías que adoptan el pve1. ¿Por qué no entenderlo como otra posibilidad más, otra forma de aproximación, que parte de otras asunciones teóricas? Me refiero por ejemplo a los análisis funcionales, ya planteados con anterioridad, que no se centran en analizar los conceptos de los participantes, sino en los efectos beneficiosos de las diversas instituciones, y que también pueden resultar iluminadores de ciertos aspectos de la práctica jurídica y, a la vez, totalmente opacos a los participantes.

Podría señalarse que lo que tiene de característico el positivismo jurídico interno es el reconocimiento de que, dadas distintas asunciones teóricas, las diferentes aproximaciones al derecho (excluyendo las que defienden el pve1) son *igualmente* aceptables. Es decir, que no hay un modo más adecuado de teorizar, algo que sí podría entenderse como una tesis original, y que sería rechazada por autores como Dworkin. Este modo de interpretar la tesis, además de no encajar bien con sus argumentos a favor de su posicionamiento sobre los conceptos y de la adopción del pve2, nos lleva a plantearnos por qué se trataría de una forma de positivismo jurídico. Y me conduce en todo caso al siguiente apartado.

3. El rechazo de un único punto de vista y la neutralidad de las teorías

3.1. Las principales tesis del texto de Redondo

Al comienzo del capítulo, antes de criticar la tesis de la imposibilidad, Redondo aborda una serie de cuestiones preliminares.

En primer lugar, enfatiza que lo que le interesa es analizar el *tipo* de razones para sostener la tesis de la imposibilidad, y no criticar aspectos concretos de teorías como la de Dworkin o Guastini. El análisis del tipo de razones para sostener la tesis de la imposibilidad le permitirá, sostiene la autora, determinar qué razones son necesarias para refutarla.

En segundo lugar, Redondo señala que las razones para apoyar la tesis de la imposibilidad no son de carácter empírico (en este sentido, quienes la defienden no señalan que una ley natural nos impida la descripción externa) ni deóntico (no enfatizan que existen buenas razones para prohibir o recomendar la actividad). Quienes defienden la tesis de la imposibilidad introducen una serie de consideraciones de las que se sigue la imposibilidad conceptual de hacer una descripción externa de objetos normativos. Esto ocurre así, señala Redondo, con cualquier teoría filosófica: se ofrece un modo de ver las cosas según el cual algunas conclusiones resultan necesarias, otras posibles y otras imposibles. Pero esas conclusiones solo pueden considerarse válidas en el interior de cada una de las teorías. Y solo pueden esgrimirse frente a quienes se comprometen con ese modo de ver las cosas. En este sentido, «[F]rente a una posición que está intentando proponer, o está ya presuponiendo, un marco conceptual diferente se puede argüir que ella contradice sus propios puntos de partida, que no logra resolver todos

los problemas que en cambio sí resuelve el esquema teórico al que se opone, que asume tesis incompatibles con conclusiones científicas, etc., pero no que es conceptualmente imposible sobre la base de las asunciones conceptuales de la teoría que ella, explícita o implícitamente, está rechazando» (pp. 200 y 201).

De lo expuesto con anterioridad con respecto a los distintos esquemas conceptuales, se desprende que para rechazar la tesis del positivismo jurídico interno no es legítimo aducir la tesis de la imposibilidad, ni utilizar los esquemas conceptuales que conducen a ella. Esto es así en la medida en que lo que se impugna por Redondo es precisamente el modo en que las posiciones anteriores entienden una serie de conceptos que llevan a tesis de la imposibilidad.

En el último apartado del capítulo, Redondo vuelve sobre esa misma idea, rechazando abiertamente que el estudio de las instituciones sociales pueda realizarse desde un único punto de vista. Según la autora, **no hay un único método** adecuado para afrontar el estudio del derecho y de las instituciones sociales en general, por lo que parece rechazar también la necesidad del pve2 (pp. 244-246). Redondo sostiene que las distintas teorías responden a la pregunta sobre *la* naturaleza del derecho, pero lo hacen desde puntos de vista diferentes. El error de las teorías es que asumen que solo un método nos permite captar la verdadera naturaleza del derecho. El error es pensar, como Dickson, que identificar un concepto justificativo-interno2 siempre presupone y se apoya en la previa identificación de un concepto descriptivo. O, como Dworkin, que intentar identificar un concepto descriptivo siempre presupone y se apoya en un concepto justificativo-interno2. En realidad, señala Redondo, «las empresas que identifican estos diversos tipos de conceptos no se presuponen mutuamente y son relativamente autónomas» (p. 246) pero parecen no advertirlo cuando se centran en la búsqueda de *la* esencia de los conceptos. Esencia que, como enfatiza Redondo, solo está en condiciones de captar el propio método.

Precisamente porque cada una de las posiciones adopta una visión distinta acerca de los conceptos, partiendo de presupuestos distintos, la autora insiste a lo largo del capítulo en la **ausencia de neutralidad** de las diferentes teorizaciones. Incluso quienes adoptan un pve1, y se presentan como llevando a cabo un análisis empírico y neutral, carecen de neutralidad, según Redondo, en el sentido de que necesariamente asumen ciertos presupuestos.

Con respecto a la distinción pragmática que expuse con anterioridad, de acuerdo con Redondo, el pve2 es siempre relativo al contenido de un concepto institucional o reglas de una institución, pero no es una posición arquimediana o neutral en términos absolutos. En tal sentido, señala la autora, mostrar que es imposible referirnos a contenidos normativos desde una perspectiva arquimediana no equivale a haber demostrado que es imposible referirnos a contenidos normativos desde pve2, simplemente porque no es una posición valorativamente neutral en términos absolutos.

Y, al hablar de los conceptos según el positivismo jurídico interno, la autora señala que, si bien puede decirse que quien se centra en los conceptos internos 1 adopta una actitud neutral, ella es relativa al tipo de institución que el concepto delimita. De nuevo,

apunta Redondo, quien la adopta no se encuentra en una posición arquimediana en términos absolutos.

3.2. Análisis crítico

Redondo sostiene que no se pueden esgrimir críticas que se desprenden de presupuestos distintos, que son asumidos por teorías diferentes. Este elemento, que parece ciertamente plausible, conlleva dos problemas centrales: (1) del mismo modo que ocurre con las críticas de otras teorías a las tesis de Redondo, ¿por qué las otras teorías se verían afectadas por la posición de Redondo, si ella también parte de otras asunciones?; y (2) dado que reconoce que habría no solo diferentes actitudes posibles, sino también diferentes modos de entender los conceptos, Redondo no sería capaz de reconstruir los desacuerdos teóricos, que carecerían de sentido.

Si tomamos en consideración lo que Redondo señala en términos metodológicos a lo largo del capítulo, no termina de apreciarse qué haría preferible entonces su teoría frente a las demás. La autora señala que la tesis de la posibilidad es imprescindible para dar cuenta de un tipo peculiar de ambivalencia pragmática que afecta a todo discurso referido a conceptos institucionales o al contenido conceptual de una institución, y añade además que da sentido a los casos de creencias falsas. Redondo se refiere a una situación en la que los miembros de un grupo social no creen que ser rey dependa del hecho de que ellos mismos así lo creen. En tal situación, un enunciado sobre su carácter divino sería ambiguo, en el sentido de que podría llevarse a cabo asumiendo o no la perspectiva de los participantes. Y, enfatiza la autora, asumir un pve2 respecto de la monarquía de origen divino es lo que nos permite afirmar, sin caer en paradojas, que las creencias de quienes justifican la institución por su origen divino son falsas. En cambio, esta afirmación conduciría a una contradicción pragmática si se hiciese desde el pvi2, de quienes creen que la institución está justificada por su origen divino. En esta medida, asumir la necesidad del pvi2 supone que el teórico es un aceptante más que, precisamente por esta razón, caerá en contradicción pragmática toda vez que afirme la falsedad de las creencias cuya verdad, por hipótesis, presupone. En otras palabras, si se sostiene dicha tesis, deviene imposible expresar la idea de que un determinado tipo de institución está totalmente injustificado y se apoya en creencias falsas[13]. Por otro lado, enfatiza que su visión acerca de los conceptos nos permite distinguir discusiones sobre el concepto de derecho de discusiones sobre el contenido de específicos sistemas jurídicos[14]. Pero, ¿qué fuerza tienen estos argumentos para quienes no comparten sus

13. En todo caso, este planteamiento parece ciertamente cuestionable, dado que los participantes con frecuencia tienen una actitud crítica, sin caer en contradicciones pragmáticas. Sería necesario, cuanto menos, precisar el punto.
14. Sobre este punto específicamente, no termina de quedar claro por qué Redondo considera que es imposible inferir, a partir del concepto (y teniendo en cuenta ciertos aspectos contingentes de la práctica) conclusiones sobre el contenido de las instituciones.

presupuestos, como sería el caso de Dworkin? No habría entonces modo de dar argumentos concluyentes a favor de la tesis de la posibilidad. Vimos que Redondo señala que, frente a una posición que presupone un marco conceptual diferente, se pueden hacer críticas internas, se puede advertir que no resuelve problemas que sí resuelve el esquema teórico al que se opone, o que asume tesis incompatibles con conclusiones científicas. Los argumentos de Redondo frente a concepciones como la de Dworkin no son de este tipo o, cuanto menos, no lo son de un modo obvio, por lo que no permitirían rebatir la visión interpretativista dworkiniana[15]. Por ejemplo, Dworkin no reconocería la ambivalencia pragmática antes señalada, ni vería la utilidad de distinguir dos tipos de discusiones que él entiende que no pueden diferenciarse, aunque reconozca que tienen distintos niveles de abstracción.

Si el punto central es que la visión de Redondo es más abarcativa, entendiendo que da cabida a otras posiciones, ya señalé que el reconocimiento de la posibilidad de la adopción de diferentes actitudes frente a enunciados internos 1 no es en realidad abarcativa de posiciones como la de Dworkin, que rechaza la posibilidad de que la teorización (relevante) acerca del fenómeno jurídico prescinda de su carácter justificatorio.

Además, sus posicionamientos le conducen a no poder proporcionarnos una reconstrucción adecuada de los desacuerdos entre teóricos en el ámbito jurídico, dado que tendríamos que entender que estos son en realidad espurios. De acuerdo con Redondo, hemos visto que hay enunciados en apariencia contradictorios como «El rey tiene origen divino» y «El rey no tiene origen divino» que en realidad no lo son, ya que el contexto puede indicar que se formulan bajo presupuestos distintos compatibles entre sí (en el primero se adopta el punto de vista de los participantes, pero no en el segundo). No obstante, si la distinción entre pvi2 y pve2 es pragmática –asumiéndose que puede distinguirse claramente la semántica de la pragmática[16]–, cabría plantearse por qué, a nivel semántico, los enunciados no serían contradictorios entre sí. Y, lo que es más importante a los efectos del punto que intento señalar ahora, incluso si los presupuestos fueran incompatibles entre sí, no existiría una genuina contradicción –de acuerdo con Redondo– entre los diferentes enunciados, puesto que se adoptarían asumiendo puntos de partida distintos. Los desacuerdos, entonces, carecerían de sentido. Me explico: Si un *hartiano* sostiene que una conducta está prohibida, y un *dworkiniano* que está permitida, o si discuten sobre si un rasgo forma parte del concepto de derecho, no habría un genuino desacuerdo entre ellos, ya que sus respectivos enunciados serían formulados con

15. De hecho, con respecto a autores como Dworkin, el punto es si el teórico puede tener *know-how* sin participar, algo que es cuestionado por los que entienden que el análisis de las instituciones jurídicas solo puede llevarse a cabo desde pvi2. REDONDO asume, sin argumentación, que el teórico tiene ese *know-how*. Sobre esta asunción, véase p. 206, n. 210.
16. Sobre este punto, cabría cuestionar si Redondo, al hacer explícita referencia a conceptos 1 y 2, es consistente con sus propios planteamientos: ¿no se trata del mismo concepto y lo único que cambian son las actitudes? ¿Los conceptos 2 no suponen siempre que estamos frente a conceptos, y por tanto frente a conceptos 1? Sobre las distintas discusiones relativas a consideraciones pragmáticas en el derecho, véanse Poggi – Cappone, 2016 y 2017.

presupuestos incompatibles pero al fin y al cabo diferentes, y no cabría discusión sobre cuál es *el mejor* modo de teorizar sobre el derecho. ¿Por qué entonces las discusiones teóricas, entre sujetos presuntamente inteligentes, se mantienen en el tiempo como si los desacuerdos tuvieran sentido?

Con respecto a la (falta de) neutralidad de las posiciones, además de la ausencia de una argumentación detallada a favor de sus afirmaciones, creo que en este punto resulta fundamental advertir la diferencia entre consideraciones evaluativas y valorativas en términos morales, y a su vez tener presentes los múltiples modos en que estas últimas pueden desempeñar un rol en la teorización[17]. Es obvio que una teoría que decide centrarse en conductas, y no en conceptos, adopta un posicionamiento respecto del objeto de análisis que está condicionado por los métodos que se consideran aceptables, y en ese sentido quien adopta el pve1 asume ciertos valores epistémicos y no es neutral. Ahora, bien, una cuestión diferente es si la demarcación del objeto de estudio se lleva a cabo con base en consideraciones que conllevan juicios morales, si el resultado de la teoría va a conducir a la necesidad de llevar a cabo juicios de valor ulteriores por parte de quien reflexione acerca del derecho, o si va a conducir necesariamente a reconocer que el objeto es algo moralmente valioso. No diferenciar estos múltiples sentidos en que las teorías carecen de neutralidad supone asumir que todas las teorías tienen ciertos rasgos que pueden verse como problemáticos en la misma medida, cuando en realidad esto no es así.

4. Conclusiones

El capítulo de Redondo parece oscilar entre la defensa de la necesidad de adoptar el pve2 en el estudio de los conceptos jurídicos, y la defensa de la posibilidad de adoptar –teóricamente– tanto el pve2 como el pvi2. En este sentido, si bien sostiene una determinada visión de los conceptos por parte del positivismo jurídico interno, Redondo además se sitúa en el plano metateórico para defender que esa visión, pero también las otras, son igualmente aceptables por partir de presupuestos distintos. En el texto he tratado de mostrar los problemas que conlleva para el positivismo jurídico interno la adopción de cada una de esas tesis. Pero, además, existe un problema de compatibilidad entre ambas: ¿Cómo puede sostenerse que una visión acerca de los conceptos es la mejor para el ámbito jurídico, aportando argumentos como el de la distinción de niveles de análisis, al mismo tiempo que se reconoce que las otras teorías, que parten de otros presupuestos, y que no admitirían esos niveles de análisis, son igualmente admisibles? ¿Cómo puede señalarse que las diferentes concepciones son igualmente admisibles si

17. Dickson, 2001. En todo caso, es importante destacar que el hecho de que la autora entienda que su concepción no requiere de la posibilidad de adoptar un punto de vista arquimediano parece estar en conflicto con el reconocimiento de la existencia del hombre malo *a la* Holmes que, de acuerdo con su propio discurso, adopta el pve2 (y no se limita a proferir puntualmente enunciados desde el pve2).

es parte de cada una de esas concepciones que ellas son las que mejor dan cuenta del fenómeno jurídico? En esta medida, el enriquecedor y profundo texto de Redondo, que problematiza la tesis de la imposibilidad, conduce irremisiblemente a la siguiente cuestión: ¿es posible el positivismo jurídico interno?

BIBLIOGRAFÍA

Dickson, J., (2001). *Evaluation and Legal Theory*, Oxford, Hart Publishing.
Dworkin, R., (1986). *Law's Empire*, Cambridge, Harvard University Press.
Hart, H., (1994). *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press.
Gaido, P., (2020). «Symposium on the internal legal positivism». *Revus* 42.
Guastini, R., (1999). *Distinguiendo*, Barcelona, Gedisa.
Guastini, R., (2014). «Releyendo a Hart». *Doxa*, 99-110.
Lifante Vidal, I., (2015). «Interpretación jurídica». *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, J.L. Fabra Zamora y V. Rodríguez-Blanco (coords.), Vol. 2, 1349-1387.
Papayannis, D. M., (2013). «Spiegazione funzionale e analisi concettuale. Sull'incidenza dei modelli economici nello studio della pratica giuridica». *Ars Interpretandi. Rivista di Ermeneutica Giuridica*, II/2013 n. 2, 69-109.
Poggi, F. – Cappone, A. (eds.), (2016). *Pragmatics and Law*, vol. 1, Nueva York, Springer.
Poggi, F. – Cappone, A. (eds.), (2017). *Pragmatics and Law*, vol. 2, Nueva York, Springer.
Ramírez-Ludeña, L., (2016). *Diferencias y deferencia*, Barcelona, Marcial Pons.
Redondo, C., (2018). *Positivismo jurídico 'interno'*, Ljubljana, Revus.
Rodríguez-Blanco, V., (2017). «Winch and H.L.A. Hart: Two Concepts of the Internal Point of View». *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 20 (2), 453-474.
Ross, A., (2005). *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, Eudeba.
Winch, P., (1994). *Comprender una sociedad primitiv*a, Barcelona, Paidós.

Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, (2022), *45*
e-ISSN: 2386-4702 | ISSN: 0214-8676

La normatividad en el positivismo jurídico interno. A modo de colofón

Normativity in Internal Legal Positivism. As a Colophon

J.J. Moreso

Autor:
J.J. Moreso
Universitat Pompeu Fabra, España
josejuan.moreso@upf.edu
https://orcid.org/0000-0003-2702-569X

Recibido: 1-5-2021
Aceptado: 16-11-2021

Citar como:
Moreso, J.J. (2022). La normatividad en el positivismo jurídico interno. A modo de colofón Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, *45*, pp. 621-627. https://doi.org/10.14198/DOXA2022.45.23

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

© J.J. Moreso

Resumen

Este trabajo cierra la sección sobre el libro *Positivismo Jurídico Interno* de M. Cristina Redondo, conformada por una serie de trabajos que tienen su origen en un seminario que se celebró en la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona.

Palabras clave: M. Cristina Redondo; normatividad; positivismo jurídico interno.

Abstract

This work closes the section about the book *Positivismo Jurídico Interno* by M. Cristina Redondo. The section is formed by a series of papers proceeding from a seminar held at the Pompeu Fabra University in Barcelona.

Keywords: M. Cristina Redondo; normativity; internal legal positivism.

The question «What ought I to do?» can be asked and answered
where no question of moral obligations comes in the situation at all;
and when moral obligation does come into the question,
what I am under the obligation to do may not to be what,
all things considered, I ought to do.
(WILLIAMS 1981, 124-125).

(I)

En los meses anteriores a esta pandemia que, entre muchas otras graves consecuencias, ha modificado las pautas de nuestras actividades académicas, tuvo lugar un seminario de varias sesiones sobre el relevante libro de Cristina Redondo (2018), a iniciativa de Alba Lojo, doctoranda del grupo *Law & Philosophy* de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona. Una decena de miembros del grupo participamos en dichas sesiones, y diversos miembros del grupo generosamente aceptaron presentar cada uno de los capítulos. Después de las sesiones, la asignación de los capítulos quedó de la siguiente forma: El primero, Alberto Carrio, profesor en nuestra Universidad; el segundo, la propia Alba Lojo; el tercero, Sebastián Agüero, doctor en la Universidad Pompeu Fabra, y ahora profesor en la Universidad Austral de Chile; el cuarto, Osvaldo de la Fuente, doctorando chileno del grupo y el quinto, y último, Lorena Ramírez, profesora también en nuestra Universidad.

Fueron largas sesiones en las que intentamos, en primer lugar, comprender adecuadamente las tesis centrales del libro y, a continuación, evaluarlas, plantear objeciones y discutirlas. Estaba previsto celebrar como final del seminario un *Colloquium* con la autora, que aceptó muy amablemente la invitación. La pandemia se cruzó en nuestro camino y, lamentablemente, el evento hubo de celebrarse en su forma on-line, como un *webinar*, a cuyo formato frío e impersonal nos hemos ido acostumbrando.

El libro cuenta afortunadamente con otros foros de discusión. Así, la sección *Symposium*, que le dedicó la Revista *Revus*, bajo el impulso de uno de sus editores, Andrej Kristan, y pulcramente editada por Paula Gaido (2020), con las relevantes contribuciones de Jorge L. Rodríguez, Santiago Legarre, Rodrigo E. Sánchez Brígido, María Gabriela Scataglini y Ezequiel Monti. También tengo noticia de que Sebastián Agüero hospedó un debate en su Universidad Austral de Chile.

En este número de *Doxa*, contando como siempre con la complicidad y amabilidad de su director, Manuel Atienza, los participantes en el seminario de Barcelona han dado forma escrita y articulada a sus presentaciones, bajo la cuidadosa y generosa dirección, como editora, de Alba Lojo. Lo han hecho de un modo especialmente perspicuo que permitirá, de buen seguro, la respuesta escrita de Cristina más adelante, sólo tendrá que dar forma a las notas que le sirvieron para su brillante y aguda réplica a todas las objeciones en el *webinar* del que hablaba.

Creo que carece de sentido que en este ensayo de conclusión entre a debatir con dichas contribuciones. Baste decir aquí que las consideraciones acerca de la ontología de las entidades abstractas o ideales de Alberto son oportunas, que las propuestas de Alba sobre cómo enfrentarse con la paradoja *kripkensteniana* del seguimiento de reglas sugieren vías a explorar, que la defensa de Sebastián de la posición de Bulygin habría –estoy seguro– complacido a Eugenio, que la reconstrucción de Osvaldo de las ideas de Atria para salir al paso de las objeciones de Cristina están bien articuladas y que las dudas que Lorena plantea acerca de las prácticas sociales, la noción de aceptación y el punto de vista interno están muy bien fundadas.

En este colofón intentaré capturar las dos tesis que me parecen cruciales del positivismo jurídico interno de la autora y plantear algunas dudas acerca del alcance de dichas tesis y de su adecuación.

(II)

Las dos tesis son, respectivamente, la tesis de que la naturaleza del derecho es de carácter *ideal o abstracto* y la tesis de que el derecho tiene carácter *práctico*, que es un fenómeno *normativo*. Se trata de dos tesis ampliamente compartidas.

Comencemos con la primera. Según esta tesis, los contenidos del derecho no han de ser identificados ni con los actos de creación o eliminación de prescripciones, ni con los actos de seguimiento u observancia de las normas, ni con ningún otro fenómeno ubicado en la red causal de las conexiones sociales. Los contenidos del derecho, las normas jurídicas, son entidades ideales o abstractas. En la formulación del último Kelsen (1979, p. 22) la validez de una norma jurídica es su específica existencia *ideal* ('*Diese 'Geltung' einer Norm ist ihre spezifische, ideelle* Existenz').

Solamente aquellos que proponen una *naturalización* de la teoría del derecho, como es el caso paradigmático de Leiter (2007), se oponen a esta tesis. Leiter considera que esta es la mejor forma de comprender el *background* filosófico del realismo jurídico americano y otros consideran que también lo es del realismo jurídico escandinavo o del realismo jurídico *genovés*, tan cercano a Cristina. Pero esta intrincada cuestión debe ser dejada para otra ocasión[1].

Tal vez la objeción más importante que los defensores de las entidades abstractas (en filosofía de las matemáticas, en filosofía del lenguaje, en filosofía de la modalidad, en metaética) es lo que se conoce como el problema de Benacerraf, por el nombre del filósofo que lo planteó prístinamente (Benacerraf, 1973). El problema es muy simple, los que postulan la existencia de entidades ideales o abstractas (números, significados, mundos posibles, normas y similares) presuponen que estas entidades no tienen una

1. Aunque sé que mis amigos Marco Brigaglia y Bruno Celano, especialmente atentos a los desarrollos recientes de las ciencias cognitivas, están llevando a cabo un proyecto en este sentido precisamente (Brigaglia, Celano, 2017). Estaremos atentos.

ubicación espacio-temporal, pero los seres humanos que reflexionamos sobre ellas estamos espacio-temporalmente situados. Entonces, es necesario construir un puente que nos permita acceder a estas entidades. Y el modo de construir este puente dista de estar claro en nuestras reflexiones filosóficas.

Sin embargo, aún reconociendo la relevancia de la cuestión, se trata de una pregunta última a la que no es razonable exigir a Cristina ni a nadie una respuesta. Yo mismo me inclino por una posición anti-naturalista como la de Cristina y confío en que es posible sostener algo como lo que Parfit (2011) denominó un *cognoscitivismo normativo no-naturalista y no-metafísico*. En el sentido de que es posible preservar nuestra concepción naturalista del universo, acorde con los conocimientos científicos de los que disponemos, y otorgar sentido a nuestro discurso sobre los conjuntos, los significados, los futuros no realizados o la corrección –moral, jurídica– de las acciones humanas.

(III)

Vayamos entonces a la segunda tesis, la tesis del carácter práctico del derecho. La posición de Cristina sobre esta tesis constituye el núcleo de su contribución, pertenece a la esencia de lo que denomina positivismo jurídico interno.

Para la autora, las normas jurídicas son normas *genuinas*, pero de un modo muy especial. En la literatura metaética suele distinguirse en los últimos tiempos, entre una normatividad *formal* y una normatividad *robusta* (por ejemplo, Finlay, 2019). Cristina parece asumir que las normas jurídicas solo poseen normatividad en el sentido formal. Cristina afirma (Redondo, 2018, p.125):

> […]si el carácter práctico del derecho puede atribuirse sólo en la medida en que éste constituye una razón sustantiva y objetiva, el positivismo tendría que admitir que el derecho, tal como esta teoría lo identifica, no tiene necesariamente carácter práctico. Si una teoría positivista incluye la tesis de que el derecho consiste en un conjunto de reglas con carácter práctico, dicho carácter práctico no puede ser entendido en estos términos puesto que entraría en contradicción con su propia tesis según la cual del hecho que algo sea una regla jurídica no se sigue que ella merezca ser obedecida.

Sin embargo, me parece que el modo en el que Cristina preserva el carácter práctico del derecho es algo pírrico. Exige solamente que los contenidos del derecho sean reconocidos como normas lógicamente inderrotables y se usen como premisas en los razonamientos formales usados para dirimir los casos a los que se aplican. Ahora bien, en este sentido también las reglas, por ejemplo, del ajedrez tienen carácter práctico. La regla que establece que el alfil debe ser movido en diagonal[2] no tiene excepciones y el árbitro de un torneo de ajedrez la tomará como premisa de su razonamiento si se produce una duda acerca de un movimiento del alfil por parte de un jugador. Las reglas

2. Ignoremos ahora la posibilidad de comprender las reglas del ajedrez como reglas constitutivas y no regulativas.

del ajedrez no suministran razones sustantivas para actuar, sólo suministran razones formales, razones hipotéticas, algo como «Si quieres jugar el ajedrez, debes mover el alfil en diagonal». Si esta es toda la normatividad que los contenidos jurídicos pueden ofrecer, entonces la normatividad del derecho queda devaluada.

Monti (2020) ha argumentado de este modo y ha sometido a una evaluación detallada y crítica la posición de Cristina. Comparto la crítica de Monti ampliamente, en especial estoy de acuerdo con lo que afirma para concluir su contribución (Monti, 2019, 154): «la pretensión del derecho de que las reglas sean razones en sentido formal no podría explicar adecuadamente la pretensión del derecho de que somos responsables los unos a los otros para actuar como requieren». Por dicha razón, no reiteraré aquí sus argumentos.

No obstante, la conclusión de que Cristina rechaza la idea de que las normas jurídicas nos provean de razones robustas, genuinas, para actuar me deja algo perplejo e insatisfecho. Y, de hecho, Cristina afirma por ejemplo (Redondo, 135):

> El positivismo no niega que las reglas del derecho puedan constituir, objetivamente, razones sustantivas para la acción, i.e. independientemente de las creencias y de la aceptación de los individuos. Esto dependerá de que concurran las condiciones que en una teoría de las razones para la acción se exijan para que una consideración tenga ese carácter.

Pero, ¿cuál es esa teoría? En su magnífico libro sobre las razones para la acción tampoco nos la ofreció, aunque había elementos dispersos, como materiales para su construcción (Redondo, 1996). Esta cuestión es muy relevante, tal vez si dispusiéramos de dicha teoría seríamos capaces de responder las preguntas que Monti (2020), y yo mismo, nos hacemos ante la normatividad formal que Cristina predica del derecho. Tal vez dicha normatividad combinada con otros elementos estaría en condiciones de activar razones *genuinas* para la acción.

En el pasaje antes citado en el cual Cristina rechazaba el carácter práctico del derecho en sentido robusto, añade la siguiente enigmática nota (Redondo, 2018, p. 125 nota 132):

> Esto no significa que el positivismo esté constreñido a renunciar a la tesis según la cual el derecho constituye razones para la acción, independientemente de aquello que es moralmente correcto hacer. Esta idea requeriría una discusión de la tesis de la unidad del razonamiento práctico tal como usualmente se entiende, y que no se puede llevar a cabo en este contexto.

En Redondo (1996), la autora había defendido la tesis de la fragmentación del razonamiento práctico. Creo que la mejor forma de comprender a Redondo en este punto es, por así decirlo, *à la Williams*. En la cita que encabeza este colofón, Williams sostiene claramente que las razones morales no agotan el ámbito de lo que debemos hacer, de cómo debemos vivir, un ámbito que Williams pensaba que era el ámbito *ético*, que él distinguía claramente del moral. Es la tesis central de su conocido libro Williams (1985), cuyo último capítulo, el décimo, lleva por título «Morality, the Peculiar Institution» y «the peculiar institution» era el modo cauto en el que los sudistas en los Estados Unidos

llamaban a la esclavitud. Es más, en un libro publicado póstumamente (Williams, 2005), el autor claramente argumenta sus poderosas objeciones a lo que denomina, en el capítulo primero, el *moralismo político*, es decir, el punto de vista según el cual la moral tiene prioridad sobre la política. Le parece a Williams que este es un extremo reduccionista, que comparten el utilitarismo y el kantianismo, por ejemplo, y que impide a la filosofía contemporánea una adecuada concepción del ámbito práctico. En el ámbito práctico, según Williams, rige la conocida máxima del Fausto de Goethe: «Im Anfang war die Tat», y así precisamente se titula el libro de 2005, *In the beginning was the deed*.[3]

No es este el lugar para analizar esta concepción, que a mi me deja perplejo e insatisfecho; sin embargo, creo que Redondo tiene algo así en mente, es decir que el derecho suministra razones para actuar, independientes de la moralidad, cuando adecuadamente se anuda con otros elementos en el ámbito de la política. Sería iluminador para todos nosotros si Cristina nos desvelara cómo ella cree que esta malla de razones para la acción está trazada.

(V)

Sólo me queda felicitarme por esta publicación y agradecer de nuevo a todos los que la han hecho posible, en especial a su inductora y cooperadora necesaria, Alba Lojo, y a Cristina Redondo, sin la cual este viaje no habría ni siquiera comenzado. Y termino con una sugerencia, mucho más tentativa todavía que las anteriores. Se trata de la idea de que tras todas (o casi) las diversas defensas del positivismo jurídico, late algo como el positivismo jurídico *normativo o ético*. Esta es una idea que se usa para interpretar a los positivistas de Jeremy Bentham a H.L.A. Hart, su idea de que el positivismo está en condiciones de garantizar que nuestros conflictos van a dirimirse con pautas públicas, determinadas y generales. Este es el modo que, finalmente, Dworkin (2006, pp. 172-173) propuso comprender a Hart:

> Legality promotes accuracy if official facts are more likely to be wise or just if they are governed by established standards than if they represent merely the contemporary judgment of some official what would be just or wise.

¿Es razonable considerar que también así debe comprenderse el *positivismo jurídico interno* defendido por Cristina Redondo?

REFERENCIAS

Benacerraf, Paul (1973). «Mathematical Truth». *The Journal of Philosophy*, 70: 661-679.

3. Como una curiosidad, la primera vez que Williams usó la expresión de Goethe fue como título de su contribución en homenaje a Carlos S. Nino por su fallecimiento en la Universidad de Yale, precisamente para criticar el moralismo político de Nino. Vd. Williams (1999).

Brigaglia, Marco; Celano, Bruno (2017). «Rivoluzione cognitivista e teorie del diritto: un programma di ricerca». *Diritto e Questioni Pubbliche*, XVII: 523-535.

Dworkin, Ronald (2006). «Hart's Postscript and the Point of Political Philosophy». En R. Dworkin, *Justice in Robes*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, cap. 6.

Finlay, Stephen (2019). «Defining Normativity». En D. Plunkett, S. Shapiro, K. Toh (eds.), *Dimensions of Normativity: New Essays on Metaethics and Jurisprudence.* Oxford: Oxford University Press, 62-104.

Gaido, Paula (ed.) (2020). «Symposium on Internal Legal Positivism». *Revus*, 42: 79-154.

Kelsen, Hans (1979). *Allgemeine Theorie der Normen*. Wien: Manz-Verlag.

Leiter, Brian (2007). *Naturalizing Jurisprudence: Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*. Oxford: Oxford University Press.

Monti, Ezequiel (2020). «Redondo sobre la normatividad del derecho». *Revus*, 42: 137-154.

Parfit, Derek (2011). *On What Matters. Volume Two*. Oxford: Oxford University Press.

Redondo, M. Cristina (1996). *La noción de razón para la acción en el análisis jurídico*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

— (2018). *Positivismo Jurídico «interno».* Ljubljana: Klub Revus.

Williams, Bernard (1981). «Practical Necessity». En B. Williams, *Moral Luck: Philosophical Papers 1973-1980*. Cambirdge: Cambridge University Press, 124-131.

— (1985). *Ethics and the Limits of Philosophy*. London: Fontana Press.

— (1999). «In the Beginning Was the Deed». En H. Hongju Koh, R. C. Slye (eds.). *Deliberative Democracy and Human Rights*. New Haven, Conn: Yale University Press, cap. 3.

— (2005). *In the Beginning Was the Deed. Realism and Moralism in Political Argument*, G. Hawthorn ed. Princeton, NJ: Princeton University Press.

ENTREVISTA

Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, (2022), *45*
e-ISSN: 2386-4702 | ISSN: 0214-8676

Entrevista a Liborio Hierro

Interview to Liborio Hierro

Manuel Atienza

Autor:
Manuel Atienza
Universidad de Alicante, España
manuel.atienza@ua.es
https://orcid.org/0000-0001-6569-1402

Citar como:
Atienza, (Manuel 2022). Entrevista a Liborio Hierro. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, *45*, pp. 631-673. https://doi.org/10.14198/DOXA2022.45.24

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

© Manuel Atienza

Manuel Atienza: *Me gusta empezar estas entrevistas recabando del entrevistado algunos datos autobiográficos. Sé que estudiaste Derecho en la Universidad Complutense de Madrid, hacia la mitad de los años sesenta, que te interesaste en seguida por la filosofía del Derecho y que en ello jugaron un papel destacado Gregorio Peces-Barba y Elías Díaz; que ejerciste la abogacía en los años 70; y que tuviste también una militancia política (en el partido socialista) desde fechas muy tempranas. ¿Pero podrías darnos más detalles sobre todo eso? ¿Y qué te llevó a estudiar Derecho? ¿Qué recuerdos tienes de la universidad de entonces? ¿Cuáles fueron tus primeras influencias en esos años de formación?*

Liborio Hierro: Entiendo que me preguntas por las primeras influencias en mi formación universitaria o, para los que finalmente hemos terminado trabajando en la universidad, lo que podríamos llamar «formación intelectual». Creo, sin embargo, que mi formación intelectual empezó, por suerte, antes de llegar a la universidad y ello se debió a dos afortunadas circunstancias. Tuve la inmensa fortuna de estudiar desde los ocho años en el Instituto Ramiro de Maeztu de Madrid. Era –dicen– la herencia del «instituto modelo» concebido conforme a los ideales de la Institución Libre de Enseñanza. A pesar de la Guerra civil y de la consecuente dictadura algo se conservaba vigente en aquella herencia. Buena parte de los catedráticos tenían, allí y entonces, un nivel académico tanto en la docencia como en la investigación más propio de una universidad que de un colegio. Aprendí mucho latín con Don Antonio Magariños que, aunque haya llegado a ser más recordado como fundador del club Estudiantes, era el alma del Instituto al

tiempo que un reputado latinista y un excelente profesor; aprendí también mucho griego con Don Luis Ortiz Muñoz; me enseñaron literatura Don Jaime Oliver Asín y Don Enrique Navarro Ramos; me aficioné a la filosofía con un extraño personaje, el padre Manuel Mindán Manero, un sacerdote orteguiano, algo poco común en aquella época, y un excelente profesor poco apreciado por los alumnos. La segunda circunstancia afortunada fue la influencia de mi hermano José. José Hierro –un destacado filósofo del lenguaje– es ocho años mayor que yo; por aquellos años en que yo cursaba el bachillerato superior él ya había terminado la carrera de derecho, preparaba su tesis doctoral sobre el derecho en Ortega y se había pasado con armas y bagajes a la filosofía cuya licenciatura terminó en un tiempo breve para continuar becado en Oxford y Cambridge. Mi hermano me aficionó a la lectura y me introdujo en la filosofía hasta el punto de que al acabar el bachillerato con su curso «pre-universitario» yo había leído mucho de Ortega, bastante de Unamuno, algo de Aranguren, y –dadas mis inclinaciones religiosas de entonces– casi todo de Teilhard de Chardin.

Pensaba estudiar lenguas clásicas así que cuando terminé el preuniversitario y mi padre me preguntó –solemnemente ante toda la familia– «¿y ahora qué piensas estudiar?», le respondí «lenguas clásicas»; él, sin alterar el gesto, dictaminó: «Una gran idea. En cuanto acabes derecho, estudiarás lenguas clásicas». Como mi padre era persona de buen juicio y notable autoridad, estimé que no era oportuno iniciar una discusión y fue así como empecé a estudiar derecho mientras recaudaba unas pesetas dando clases particulares de latín y griego a estudiantes de bachillerato. Nunca, nunca después, me he arrepentido de aquella decisión… de mi padre. Así que esto también resultó ser una suerte. Así nació mi vocación por el derecho.

Estudié la carrera de derecho en la Universidad Complutense entre 1963 y 1968. Fueron años de mucha actividad y de mucha agitación. Me gustó el derecho desde el primer momento, aunque el primer curso fue bastante plano y la asignatura de Derecho Natural –en la que insólitamente utilizábamos como manual un libro titulado Los griegos y el derecho natural– hubiera sido decepcionante si no fuese porque en la cátedra de Luis Legaz, uno de cuyos adjuntos y autor de aquel libro era nuestro profesor, tuvimos también ocasión de participar en las clases prácticas y los seminarios impartidos por Luis García San Miguel y mi propio hermano. Recuerdo, en los siguientes años, algunos profesores magníficos: Federico de Castro (Derecho Civil), que era la negación misma de la pedagogía pero sus clases resultaban espectaculares conferencias; Sánchez-Agesta (Derecho Político y Derecho Constitucional), que tenía la generosidad de hacernos estudiar el manual de Jiménez de Parga; Hernández Gil (Derecho Civil), que combinaba magistralmente la amenidad oratoria con la profundidad conceptual; Rubio García Mina (Derecho Mercantil), un franquista radical obsesionado con llevar la contraria a Garrigues pero, al mismo tiempo, un profesor magistral que sólo explicaba cada año un tema monográfico delegando en su adjunto la tarea semanal de avanzar en el programa que, inexplicablemente, había que estudiar por el manual de Garrigues. No puedo extenderme más, pero cabe subrayar que entre los adjuntos y los ayudantes había también grandes profesores. Aunque durante esos años seguí leyendo las aportaciones

filosóficas y políticas que estaban más o menos de moda (Marx, Sartre, Marcuse, Lévi-Strauss, Althusser…) el derecho me interesó siempre mucho. Cuando, en el quinto curso, me correspondió estudiar la asignatura de filosofía del derecho en la cátedra de Joaquín Ruiz Giménez, tuve la impresión de que mi suerte estaba echada: se me ofrecía un trébol perfecto formado por la filosofía, el derecho y la actividad política. Ruiz Giménez no era un gran filósofo, ni lo pretendía, pero era un gran profesor, ameno y sugerente; era además un jurista practicante, un abogado en ejercicio; y era, finalmente, una destacada figura política: procedente del régimen franquista había sido muy joven embajador en el Vaticano, luego ministro de educación –cargo en el que había iniciado una clara tendencia liberalizadora– y, finalmente, una referencia indiscutible de la oposición al régimen desde la fundación, en 1963, de la revista Cuadernos para el Diálogo, una actividad con la que, como enseguida te contaré, ya tenía yo contacto. En el ámbito académico tenía –como tú señalas en tu pregunta– dos destacados adjuntos, Elías Díaz y Gregorio Peces Barba.

Me preguntas también por la militancia política. Empezó pronto y en mi caso, muy similar al de muchos otros estudiantes en aquellos años, estaba estrechamente vinculada a nuestra militancia religiosa. Pertenecía a una organización católica de estudiantes con una militante orientación posconciliar; entre nuestros ideales estaba lo que entonces se denominaba «compromiso temporal» consistente en el deber de participar en actividades encaminadas a alcanzar una sociedad más justa. No es extraño, pues, que en el primer curso de la carrera entrase, de la mano de Oscar Alzaga, a formar parte de las juventudes demócrata-cristianas, una organización política entonces clandestina con muy escasa implantación. Me convenció muy poco de tal modo que al año siguiente la abandoné para dedicar mi actividad al Sindicato Democrático de Estudiantes (SDEUM) que era una forma de utilizar las estructuras legales de representación estudiantil para la acción política contra el régimen. En el tercer curso pude dejar las clases de latín y griego al encontrar un trabajo ocasional y parcial en Cuadernos para el Diálogo. Como antes te decía, se había fundado en 1963 y ya funcionaba tanto la revista como la editorial; mi modesto trabajo consistía en ayudar a José María Riaza a fomentar y mantener el contacto con los círculos de seguidores de la revista en las provincias lo que, como es fácil comprender, tenía un objetivo más político que mercantil.

Al terminar la carrera permanecí primero como becario y después como ayudante en la cátedra de Ruiz Giménez y, como tú mismo señalas, empecé a ejercer la abogacía. La ejercí durante catorce años, desde enero de 1969 hasta diciembre de 1982, primero en el despacho de Pablo Castellanos y luego, desde 1977, en mi propio despacho que formé con dos compañeros. Durante todo ese tiempo mi dedicación a la universidad fue, por tanto, a tiempo parcial, lo que entonces se denominaba dedicación plena. En octubre de 1971 ingresé en el Partido Socialista Obrero Español y en la Unión General de Trabajadores; desde entonces tuve que compaginar las actividades profesionales con la actividad política que la clandestinidad hacía un tanto complicada. En la Universidad mis primeros trabajos estuvieron más vinculados a Gregorio Peces Barba y centrados en los derechos humanos de donde procede la publicación, en 1973, del libro Textos

básicos sobre derechos humanos y la beca de la Fundación Juan March que disfrutamos entre 1973 y 1975 Gregorio Peces-Barba, Eusebio Fernández y yo para iniciar una historia de los derechos humanos. Sin embargo, el momento decisivo fue el comienzo del cuso 1972-1973, cuando Elías Díaz es llamado a la Universidad Autónoma de Madrid por Aurelio Menéndez, el primer decano de su Facultad de Derecho. Con él fuimos inicialmente Francisco Laporta, Virgilio Zapatero, Ángel Zaragoza y yo. Te digo que fue decisivo en nuestra carrera académica pues las condiciones fueron ahora muy distintas. Tuvimos todos, junto a unas mejores condiciones laborales y una razonable perspectiva de estabilidad, nuestros propios grupos de docencia y la asignatura Derecho Natural, en el primer curso, fue sustituida por la de Teoría del Derecho. Nuestro programa, influido claramente por la Sociología y Filosofía del Derecho de Elías Díaz, de 1971, se apoyaba básicamente en Kelsen, Hart y Bobbio.

Quiero terminar este largo recordatorio explicando cómo abordé mi tesis doctoral. Elías había formado un excelente seminario centrado en la recuperación de la filosofía política y jurídica marginada por la dictadura. De allí salieron las primeras tesis doctorales sobre el pensamiento filosófico jurídico español anterior a la «depuración» (Emilio Lamo de Espinosa sobre Julián Besteiro, Francisco J. Laporta sobre Adolfo Posada y Virgilio Zapatero sobre Fernando De los Ríos). Elías, que en esos mismos años publica su libro sobre el krausismo español, me animó a realizar mi tesis sobre los iusnaturalistas españoles que a principios del siglo XX habían mantenido posturas filosóficas más abiertas y habían difundido la doctrina social católica iniciada por la encíclica Rerum Novarum. Para alguna de las sesiones del seminario tuve que preparar mi intervención y trabajé sobre el que me parecía más interesante y representativo de aquellos, Alfredo Mendizábal Villalba. Era un zaragozano que fue catedrático de Derecho Natural en Oviedo; perseguido primero por los revolucionarios de octubre y depurado después por los golpistas de abril en 1937, marchó al exilio y enseñó en Estados Unidos. No obstante, el tema no me interesaba mucho y enseguida lo abandoné. En aquellos primeros años de la década de los setenta los filósofos que me influyeron más intensamente fueron Bertrand Russell y Karl R. Popper al tiempo que la preparación de las clases de Teoría del Derecho en la Autónoma me llevó, como antes te decía, a manejar básicamente a Kelsen, Hart y Bobbio. Tanto Kelsen como Hart se habían ocupado de debatir la obra de Ross ya en 1959 y en el notable debate sobre el positivismo que entre 1965 y 1966 tuvo lugar en Italia, protagonizado por Bobbio y Scarpelli, Alf Ross y el realismo escandinavo se convierten en una referencia ineludible. Mientras en esa década los realistas escandinavos eran bastante conocidos en Italia, particularmente por las aportaciones de Giovanni Tarello, Enrico Pattaro y Silvana Castignone, en España las referencias eran escasas y generalmente indirectas a pesar de la publicación en 1961 de la impresionante conferencia que Ross había impartido en Argentina el año anterior: El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el Derecho Natural. La posición de Ross frente al iusnaturalismo y al positivismo kelseniano me parecía muy sugerente y probablemente despejó cualquier otra duda la visita que Francisco Laporta y yo hicimos a la Facultad de Derecho de la Universidad de Oslo en 1974 donde conocimos

al profesor Torstein Eckhoff, un brillante constitucionalista estrechamente vinculado al realismo escandinavo con una atrayente personalidad académica y política que ese mismo año había publicado su Justice. Its determinants in social interaction, obra que ha estado presente en todos mis posteriores trabajos sobre teoría de la justicia. En ese contexto y en ese mismo año tomé la decisión de hacer la tesis doctoral sobre el realismo jurídico escandinavo, tesis que presenté en 1979 y se publicó en 1981.

Cuando leí la tesis decidí volver a los derechos humanos con la pretensión de ubicarlos, más allá de la mera retórica política, en una teoría del derecho metodológicamente analítica y sustantivamente realista. En 1981 publiqué en la revista Sistema un artículo titulado Derechos humanos y necesidades humanas. Problemas de un concepto. Me parece que ahí es donde inicié una carrera académica merecedora de tal nombre –si es que lo merece– pero que pronto se vio interrumpida por el compromiso político. En diciembre de 1982 me incorporé como Subsecretario de Justicia al primer gobierno socialista tras la transición. Pensé que mi compromiso sería para dos o tres años, pero finalmente se prolongó a toda una década.

Manuel Atienza: *Parémonos entonces un momento en tu tesis de doctorado, y en el tema del realismo jurídico. Tu libro se publicó en 1981, pero más recientemente ha aparecido una nueva edición, en 2009, «revisada y abreviada». Me gustaría plantearte algunas cosas al respecto. La primera es que nos señalaras, obviamente de manera muy sintética, cuál es, en tu opinión, la principal aportación de esos autores (particularmente, de Alf Ross) a la teoría del Derecho. También, y dado que tú te centras en el realismo jurídico escandinavo, que nos dijeras algo sobre sus similitudes y diferencias con el americano. Antes has indicado que la concepción de Ross (y la del realismo jurídico en general), se presenta como una alternativa frente al iusnaturalismo y el positivismo jurídico (el kelseniano). ¿Ha constituido, en tu opinión, una alternativa exitosa? Hoy en día no es frecuente, me parece, encontrar a un teórico del Derecho que se autodefina como realista. ¿Pero cómo deberíamos interpretar ese dato? ¿En el sentido que señalaba un autor estadounidense hacia mitad de los años 50 del siglo pasado: hoy ya, de alguna manera, «todos somos realistas», hemos incorporado mucho de lo que ellos plantearon, de manera que ha dejado de constituir una seña de identidad? ¿Qué queda, en definitiva, del realismo para la cultura jurídica? ¿Y de qué manera ha influido el realismo en tu filosofía del Derecho?*

Liborio Hierro: Si no me equivoco me planteas ahora cinco preguntas encadenadas. A la primera: creo que la principal aportación del realismo escandinavo a la teoría del derecho es precisamente lo que, en aquellos años, más me llamó la atención y me motivó a dedicar a su estudio mi tesis doctoral y consiste en su crítica al positivismo dogmático o formalista que les permitía proponerse como una alternativa a la confrontación iusnaturalismo-positivismo. Esta crítica se formulaba desde una perspectiva empirista y se centraba en que el positivismo formalista, culminado en la teoría pura de Kelsen, asumía la teoría de la voluntad como origen de las normas jurídicas y sólo se diferenciaba del iusnaturalismo porque la voluntad de Dios era ahora sustituida por

la voluntad del estado. Esta crítica había sido formulada por Hägerström y tuvo más desarrollo en Olivecrona, mientras que en Ross se extendió a la noción de validez. Todos ellos sostienen que la concepción voluntarista del derecho hace que iusnaturalismo y positivismo compartan una misma concepción sobre la existencia de las normas jurídicas que consistiría en su «validez» entendida como su fuerza obligatoria. El positivismo dominante era considerado por ello como un cripto-iusnaturalismo o cuasi-positivismo que, como el iusnaturalismo, implicaba una concepción metafísica del derecho. Un estudio científico del derecho, un positivismo jurídico auténtico, tenía que ocuparse del derecho como hecho. Ello les lleva a concluir que el elemento característico de las normas jurídicas es la organización del uso de la fuerza y que una ciencia realista del derecho ha de ocuparse del derecho vigente, eficaz, es decir de las normas efectivamente aplicadas por los tribunales y funcionarios. No debo extenderme más pero cabe recordar que Kelsen, frente a estas críticas, reivindicó la teoría pura como teoría realista por el carácter necesariamente eficaz de la norma fundamental para poder tener ese carácter normativo que sólo así se proyecta a todo el ordenamiento jurídico.

Paso a la segunda cuestión: similitudes y diferencia entre el realismo jurídico escandinavo y el realismo jurídico norteamericano. Algunos de los autores que se han ocupado del tema –como Wolfgang Friedmann o John D. Finch– sostienen que la similitud entre ambas escuelas no es relevante y que la común denominación como «realistas» es una coincidencia puramente verbal; otros –como Giovanni Tarello, Giuseppe Lumia, Enrico Pattaro o yo mismo– han destacado tanto los presupuestos filosóficos comunes como las similitudes en el tratamiento de temas centrales de la teoría del derecho. Efectivamente ambas comparten la atención a problemas como la relación entre la validez de las leyes y su aplicación efectiva, la relación entre el derecho y la fuerza o el análisis de la función creadora de los jueces. En su libro Legal Realism. American and Scandinavian, publicado en 1997, Michael Martin afirma el común contexto social y político que, en las primeras décadas del siglo XX, dio lugar a la aparición de ambos movimientos y subraya que, para ambos, «el empirismo y las ciencias sociales representaron la liberación del dogmatismo» y que ambos pretendieron «describir y reformar el derecho sin idealizarlo». En su momento traté de explicar que, en efecto, ambos movimientos fueron consecuencia de lo que se pudo denominar revuelta anti-metafísica en la filosofía y revuelta anti-formalista en la teoría del derecho que, como señaló Julius Stone, «maduró antes en la jurisprudencia que en las ciencias sociales».

La tercera cuestión que me planteas es la que se refiere al éxito o el fracaso de la pretensión realista de convertirse en una alternativa en la confrontación iusnaturalismo-positivismo. Yo diría que, utilizando términos escénicos, fue un rotundo éxito porque supo abandonar a tiempo el escenario. Me explico: los autores más representativos del realismo jurídico escandinavo partían de un estricto empirismo anti-metafísico proyectado por Axel Hägerström sobre la filosofía práctica, la filosofía moral y la filosofía del derecho, y se proponían una doble tarea: la crítica del positivismo dogmático dominante en el pensamiento jurídico occidental a principios del siglo XX y la construcción de una ciencia empírica del derecho. Varias veces he sostenido que tuvieron éxito en su primera

tarea y no lo tuvieron en la segunda. Esto no quiere decir que el resultado fuese nulo; su éxito en la crítica fue lo que les convirtió en una inexcusable referencia para el desarrollo del positivismo en el siglo XX: la crítica de la teoría de la voluntad, la introducción del análisis de los conceptos jurídicos a partir de su carácter instrumental, la explicación institucional del derecho, la definición de las normas jurídicas por su pertenencia al sistema, la introducción de los criterios de corrección o incorrección como propios de los conceptos y proposiciones científico jurídicos, etc. son aportaciones críticas frente al positivismo formalista tradicional que provocaron con éxito su revisión, incluso en su formulación kelseniana, y abrieron así el paso al normativismo analítico. Sin embargo, su empeño central en construir una ciencia empírica del derecho entendida como un sistema de proposiciones verificables empíricamente y, por ello, referentes a algún conjunto de hechos psicosociales, fracasó y ha perdido todo interés.

En mi libro distinguí tres etapas en el realismo jurídico escandinavo: la de su formación bajo la influencia de Hägerström que llega hasta la segunda guerra mundial, la que transcurre entre el fin de la guerra y 1965 y la posterior a 1965. En la segunda de ellas el realismo escandinavo, como Ross subrayó de forma explícita, trata de acercarse al pensamiento anglosajón y, al hacerlo, asume abiertamente la orientación de la filosofía analítica como se pone de relieve en la atención que desde entonces prestan al lenguaje jurídico, atención que culmina en 1968 cuando Ross publica Directives and Norms. Tanto Olivecrona como Ross afirmaron que, más allá de algunos malentendidos, su concepción sobre la existencia de los sistemas jurídicos era básicamente coincidente con la de Hart. Creo que, en efecto, a partir de 1965 el realismo escandinavo se había incorporado a lo que podemos denominar normativismo analítico y el normativismo analítico (Hart, Bobbio, Nino, Tarello y tantos otros) había incorporado las críticas realistas al positivismo dogmático.

Si estoy en lo cierto esto nos conduce inmediatamente a la cuarta cuestión. ¿Ha muerto el realismo? ¿Qué herencia ha dejado para la cultura jurídica? Haces referencia expresa a lo que William Twinning afirmó en su libro Karl Llewellyn and the Realist Movement (1973): «el realismo ha muerto; ahora todos somos realistas». También yo he sostenido en varias ocasiones que, en mi opinión, el realismo había muerto; sin embargo en una ocasión –precisamente el 6 de junio de 2005, en mi conferencia «Invitación al realismo» en la Universidad de Alicante en lo que todavía era el «Título de especialista en argumentación jurídica» que dio origen al actual Máster– terminé diciendo: «Siempre que se me ha requerido en los últimos años para opinar sobre el realismo me ha parecido necesario concluir de este modo –el realismo ha muerto– en aras del rigor académico o simplemente del respeto a la verdad. Sin embargo, debo confesar que, en lo más profundo de mi vocación como jurista, desearía que el realismo resucitara». Esto requiere alguna explicación.

Aparentemente queda viva una escuela o corriente que se auto-reclama realista: se trata del realismo jurídico genovés, heredero de Giovanni Tarello, con una extensa erudición sobre el realismo jurídico protagonizada por Silvana Castignone y encabezado ahora por Riccardo Guastini y Paolo Comanducci. En un excelente trabajo sobre

esta escuela Mauro Barberis argumentó sólidamente que debían abandonar esa denominación en la misma medida en que habían ido abandonando sus tesis más típicas y concluía que «el nombre 'realismo jurídico' parece pertenecer a otra época». En mi réplica al trabajo de Barberis, publicada en el mismo libro,[1] yo le daba la razón. Esto ocurría en 2011. Recibí entonces una larga carta de Isabel Fanlo en la que me sugería lo siguiente: «Si por realismo jurídico entendemos sus dos versiones históricas (el norteamericano y el escandinavo), tienes toda la razón al decir que esas versiones, en muchos (aunque no todos), de sus aspectos, ya han sido hoy superadas… Pero… el realismo tarelliano, según yo creo, denota no solamente una tesis metodológica (ya capturada, en efecto, por el positivismo metodológico) y una teoría escéptica de la interpretación (hoy muy revisada por Guastini y por los demás discípulos de Tarello) sino algo más: un modelo práctico de ciencia jurídica que, en mi opinión, no logra ser capturado por el debate iuspositivista contemporáneo. Me refiero a una manera de mirar el derecho como fenómeno social, comprometida no solo con el análisis conceptual, sino también con la crítica a las tendencias formalistas todavía muy difundidas en la manera de concebir y enseñar el derecho… una ciencia interesada en el análisis meta-jurisprudencial y en estudios sobre la sociología de las profesiones legales y que, más en general, se muestra abierta… a las ciencias sociales, en una perspectiva tanto de historia de la cultura jurídica, como de investigaciones empíricas o de análisis de las políticas públicas… mi modesta opinión es que hoy en día, por lo menos en Italia, hay más razones para revitalizar el realismo tarelliano… que para decretar que aquella afortunada etapa de la historia de la cultura jurídica 'genovesa' se acabó irremediablemente».

Me pareció que ella también tenía razón. Por eso, tres años después, en un artículo publicado en *Analisi e Diritto* con el título El realismo jurídico: ¿ciencia o cultura? sostuve que bajo el punto de vista que me había sugerido Isabel Fanlo el realismo ya no se presentaba como una concepción del derecho alternativa a la concepción iusnaturalista y a la concepción positivista, ni en el aspecto epistemológico ni en el aspecto ontológico, sino como una actitud realista en el estudio y en la enseñanza del derecho y que, así entendido, resultaba perfectamente compatible con cualquiera de aquellas concepciones. Concluía entonces que si bien el realismo entendido como una concepción del derecho y del conocimiento del derecho alternativa al iusnaturalismo y al positivismo ha muerto aunque dejando una importante herencia, deberíamos sin embargo aceptar esa invitación al realismo jurídico como programa de investigación y enseñanza del derecho. Es decir, no como un programa de ciencia jurídica con su propia ontología, su propia metodología y su propia epistemología sino solo como un programa de cultura jurídica. Lo que, sigo pensando, no es poco.

Y llegamos así a la quinta y última de tus preguntas. ¿De qué manera ha influido el realismo en mi filosofía del derecho? Se me ocurre que ya está contestada en los

1. Se trata del libro *El realismo jurídico genovés*, editado por Jordi Ferrer y Giovanni B. Ratti, Madrid, Marcial Pons, 2011.

párrafos anteriores. Definió en los primeros momentos mi formación mostrándome los puntos débiles del positivismo dogmático y el enorme interés de las características del movimiento realista formuladas por Llewellyn, saneando así mi admiración por Kelsen y haciéndome ver la riqueza del normativismo en las propuestas de Hart, Bobbio y de los propios realistas escandinavos en su madurez. Quiero pensar que siempre he sido realista en ese aspecto del realismo entendido como cultura jurídica y creo que eso ha influido en los problemas que me han atraído: el concepto de los derechos humanos como derechos subjetivos morales, los derechos de los niños, la dimensión moral del positivismo jurídico, la comparación entre derechos liberales y derechos sociales, la deontología profesional de jueces y de abogados, la posición de la eficiencia en una teoría de la justicia, la eficacia de las normas jurídicas, la dimensión de los derechos humanos como derechos universales… en todos estos temas he intentado utilizar el análisis conceptual para desvelar y resolver problemas reales. He intentado, al menos, huir de todo formalismo conceptual para comprender y mejorar la realidad. O sea, he intentado ser realista.

Manuel Atienza: *Permíteme que te haga dos nuevas preguntas en relación con el realismo jurídico; y que supongo que, en este caso, darán lugar a dos respuestas breves. La primera se refiere a tu afirmación de que el proyecto realista de construir una ciencia empírica del Derecho fue un fracaso y ha perdido todo interés. ¿Pero qué dirías en relación con lo que ahora se llama «Jurisprudencia naturalizada» que parece perseguir los mismos objetivos que el realismo de otra época, sólo que ahora apoyándose en el nuevo paradigma de las ciencias cognitivas? ¿Te parece que está destinado también al fracaso? Y la segunda cuestión se refiere a la postura de Isabel Fanlo y que tú pareces haber hecho tuya. O sea, yo creo que es muy cierto que una actitud realista en relación con el estudio y la enseñanza del Derecho es siempre algo sumamente positivo. ¿Pero crees que es el caso del llamado «realismo genovés»? O sea, ¿te parece que puede ser una actitud realista la de construir una teoría del Derecho que elimina todo aspecto normativo? ¿Se puede dar cuenta de la realidad del Derecho si se prescinde de los elementos de carácter valorativo; o, mejor dicho, si los valores –los enunciados que incluyen términos valorativos– se consideran como ingredientes no susceptibles de un tratamiento racional; o, para decirlo todavía de manera más precisa, si se piensa que en relación con los valores sólo son posibles razonamientos de carácter instrumental o lógico? ¿Cuál es tu opinión al respecto?*

Liborio Hierro: Me preguntas en primer lugar si –en mi opinión– está destinada al fracaso la llamada «jurisprudencia naturalizada». Creo que sí. Recurrir a la indudable autoridad e influencia de Willard Van Orman Quine para resucitar el realismo jurídico en su versión más ortodoxa es lo que hizo Brian Leiter en 2007 en su libro Naturalizing Jurisprudence: Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy. Quine había puesto de moda el naturalismo en la epistemología en un trabajo publicado en 1969 con el título de Epistemology Naturalized y probablemente tenía toda la razón al afirmar que la epistemología filosófica debía convertirse en una rama de la psicología.

En la filosofía y en las ciencias sociales siempre habíamos hablado de empirismo con idéntico sentido y el mismo Leiter reconoce que el ahora llamado naturalismo había estado presente en la teoría general del derecho (Jurisprudence) en el realismo jurídico escandinavo y en el realismo jurídico americano e incluso en Hart. Creo que Leiter pretendía recuperar el realismo como metodología científica para el estudio del derecho porque sólo así se pueden sostener, según él, afirmaciones con valor de verdad y capaces de predecir lo que van a decidir los tribunales. Es algo que ha terminado por llamarse Attitudinal Model como opuesto al Legal Model y que básicamente sostiene que los jueces deciden por sus actitudes ideológicas y no por razones normativas como la autoridad de los precedentes o de las normas legisladas. Es curioso que esas pretensiones hayan dado lugar a la aparición del denominado New Legal Realism que –como señala Núñez Vaquero en un interesante artículo sobre los modelos de ciencia jurídica realista publicado hace unos años en la revista DOXA[2]– «parece encontrarse en disposición de combinar el conocimiento tradicional de los juristas acerca de los enunciados normativos y doctrinas sobre el derecho, con las explicaciones causales del Attitudinal Model». Para responder a tu pregunta sin alargarme ahora más afirmaría dos cosas. La primera es que, repitiendo la cita que antes he recogido de Julius Stone, tengo la impresión de que en la filosofía del derecho «maduró antes» que en otras ciencias sociales el reconocimiento de los límites de la(s) llamada(s) ciencia(s) del derecho, ya se trate de la teoría general o de las dogmáticas particulares de cada rama, y la aceptación del terreno reservado a los conocimientos propiamente científicos, ya sean la historia del derecho, la sociología del derecho, la antropología jurídica o la psicología jurídica. Al fin y al cabo las pretensiones empiristas de Alf Ross no le impidieron reservar un papel protagonista a lo que él denominó «política jurídica» y todos los demás venían denominando dogmática jurídica, teoría general del derecho o Jurisprudence. La segunda es que el necesario y útil progreso de las ciencias empíricas en el ámbito del derecho no afecta para nada al papel, el objetivo y el método de aquel conjunto de las llamadas ciencias del derecho que, ya desde Von Kirchmann, sabemos que no constituye exactamente una ciencia, pero –citando de nuevo a Núñez Vaquero– se refiere «a aquello que hacen, o deberían hacer, los estudiosos del derecho positivo. Es decir, el método, la actividad y/o el resultado que ocupa labor de quienes se dedican a la investigación jurídica». Creo, por tanto, que los intentos de resucitar el realismo o el naturalismo para sustituir a la tradicional teoría general del derecho o General Jurisprudence será un fracaso; ello no obstante, su aportación al desarrollo de los conocimientos empíricos sobre el derecho, su evolución o su influencia sobre las conductas de las autoridades y de las personas, es decir a la historia, la antropología, la sociología o la psicología del derecho han de ser bienvenidos y debieran ocupar un lugar en la formación de los juristas.

2. Álvaro Núñez Vaquero, «Ciencia jurídica realista: modelos y justificación», *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 35 (2012), pp. 717-747.

Me preguntas, en segundo lugar, si sería una actitud realista la de construir una teoría del derecho eliminando todo aspecto normativo y valorativo. Y añades que si ello sería posible considerando los valores como ingredientes no susceptibles de un tratamiento racional. Sí y no, respectivamente. Una actitud realista radical que entienda que el conocimiento científico del derecho ha de limitarse a enunciados empíricamente verificables sobre los comportamientos de los jueces y/o de los destinatarios de las normas jurídicas podría construir una teoría del derecho ausente de aserciones normativas y valorativas, lo que Hart denominó el punto de vista externo; sería una historia del derecho pasado o una sociología del derecho actual aunque, en todo caso, tendría que dar cuenta de lo que los participantes entienden por obligatoriedad de las normas pues, de no hacerlo, no tendría capacidad explicativa alguna. Sin embargo no podría sustituir –y repetiré lo que acabo de citar– el método, la actividad y el resultado que nos ocupa a quienes trabajamos sobre el derecho como un orden normativo, esto es: para quienes estamos siendo participantes en un determinado orden normativo, en un sistema jurídico, y que lo consideramos y estudiamos bajo el punto de vista interno. Una teoría pura del derecho aparentemente ausente de aspectos valorativos aunque no de aspectos normativos es, como mil veces se ha dicho, una teoría del derecho sumamente útil pero sumamente impura. Una teoría del derecho, una Jurisprudence, sea general o sea particular, no puede obviamente prescindir del aspecto normativo y no puede dejar de ser ella misma normativa en cuanto trata de comprender, interpretar e incluso promover el alcance de la aplicación de las normas que componen el ordenamiento jurídico y, por eso mismo, tampoco puede prescindir de los valores que subyacen a las nomas y a los fundamentos de ese ordenamiento ya sea para implementarlos ya sea para restringirlos o incluso para criticarlos y modificarlos. Esto exige, por supuesto, un tratamiento racional o razonable de los valores aunque no implica –en mi opinión– la necesidad de considerar los valores como propiedades objetivas externas de las acciones, las normas o las instituciones sobre las que pudiéramos alcanzar un conocimiento sometido a la evaluación verdadero/falso.

Sobre el realismo genovés, como antes te indiqué, creo que tenía razón Mauro Barberis cuando proponía que debiera abandonar esa calificación pues había abandonado casi totalmente los elementos iniciales que le caracterizaban, la epistemología empirista, el emotivismo ético y el escepticismo interpretativo. La reivindicación de Isabel Fanlo, que me parece muy razonable y que hice mía, se refiere a lo que podríamos llamar una cultura jurídica realista; probablemente es ese el sentido en que Twinning dijo que finalmente todos eran allí, en los Estados Unidos, realistas. Y me parece que aquí, en la Europa continental, queda todavía mucho de formalismo en la educación de los juristas y en la aplicación del derecho y mucho de hermetismo en las convencionalmente llamadas ciencias del derecho; por eso –te decía antes– deberíamos aceptar esa invitación al realismo jurídico como programa de investigación y enseñanza del derecho.

Manuel Atienza: *Como antes nos has dicho, la década de los ochenta fue una especie de paréntesis (paréntesis político) entre lo que podemos considerar como tus dos etapas*

iusfilosóficas. La primera no se circunscribe al tema del realismo jurídico; también te ocupaste bastante, como recordabas en la primera contestación, de los derechos humanos, lo que en aquel momento era una temática sorprendentemente novedosa. Pero sobre eso quiero que hablemos más adelante. Ahora me gustaría que nos dijeras algo sobre tu experiencia en la política activa, como subsecretario del Ministerio de Justicia, y también, un poco antes, de tu participación en la época de la transición. Para precisar más las cosas. Sé que tienes una opinión básicamente positiva de lo que supuso la transición española, ¿pero, cómo puede entenderse entonces el juicio tan negativo sobre esa época que hoy tiene tanta gente que se considera de izquierdas? ¿Es muy distinta la cultura política de nuestros días (particularmente en España) y la que tú viviste en primera persona en los años 80? ¿Qué crees que habría que cambiar de la Constitución del 78? ¿Está justificada la opinión tan negativa que suele tenerse –me parece que no sólo en nuestro país– de la práctica política y de los políticos? ¿Qué te ha aportado en positivo (y quizás, en qué te ha perjudicado) tu dedicación política a tu trabajo iusfilosófico? Y tu formación como teórico del Derecho, ¿te ha facilitado en algo las cosas durante tu desempeño político? ¿Recomendarías a un filósofo del Derecho el paso por la política? En fin, no me resisto a hacerte una pregunta que interesará sobre todo a los lectores españoles pero que quizás tenga un alcance más general. En tu época de subsecretario en el Ministerio de Justicia es cuando se cambió el sistema de elección de los miembros del Consejo General del Poder Judicial, y ese es un cambio que fue entonces –y sigue siéndolo hoy– muy discutido. ¿Crees que fue un acierto? ¿Qué piensas sobre ese órgano que existe hoy prácticamente –con ese nombre o alguno por el estilo– prácticamente en todos los sistemas judiciales de los Estados constitucionales?

Liborio Hierro: Dividiré la respuesta en tres bloques, si te parece bien. El primero sobre mi experiencia en la política. El segundo sobre la transición y la anti-transición que ahora vivimos, lo que incluye la vigencia y la reforma de la Constitución. El tercero sobre el Consejo General del Poder Judicial.

Como te dije, había ingresado en el Partido Socialista Obrero Español y en la Unión General de Trabajadores en 1971. Nuestra actividad en aquellos últimos años del franquismo estaba orientada a debilitar el régimen y a conseguir espacios de libertad en las publicaciones, en los medios de comunicación, en las organizaciones profesionales y en los centros de trabajo; iniciada la transición el objetivo era alcanzar la mayor presencia e influencia posible en todos esos ámbitos. Tuve alguna responsabilidad orgánica en la UGT durante los años setenta pero en los años de la transición no tenía ya ninguna y mi militancia política se limitaba a mantener esa presencia activa en la Universidad y en el Colegio de Abogados. Tras la aprobación de la Ley de Reforma Política Gregorio Peces Barba organizó un grupo de trabajo para elaborar las posiciones del PSOE sobre la futura Constitución y formé parte de él.

Tengo, efectivamente, una opinión muy positiva sobre lo que fue la transición política en España. No puedo sino repetir lo que ya he manifestado recientemente en alguna que otra entrevista que tú conoces. A diferencia de lo que ocurrió en Portugal en 1974 en que la Revolución de los claveles fue un cambio pacífico pero protagonizado por el

ejército, en España el ejército estaba mucho más sólidamente vinculado al régimen y el régimen perduró hasta la muerte natural del dictador. La salida sólo podía ser una ruptura inevitablemente violenta o una reforma profunda pero pactada. Y esto es lo que ocurrió. La extraordinaria habilidad del nuevo Rey y del presidente Suárez coincidió con la madurez política de los dos dirigentes de la izquierda, Felipe González en el Partido Socialista Obrero Español y Santiago Carrillo en el Partido Comunista de España, y de los representantes del nacionalismo, sobre todo los del nacionalismo catalán encabezados por Josep Tarradellas. Ello hizo posible un gran acuerdo que incluyó la autodisolución de las instituciones franquistas y la aprobación de la Constitución de 1978, un texto en conjunto homólogo a la Constitución italiana de 1947, a la Ley Fundamental de Bonn de 1949 o a la Constitución portuguesa de 1976. La Constitución de 1978 supuso la plena normalización del sistema político español en el conjunto de los países europeos. Mi impresión es que la mayoría de la gente está orgullosa de la transición y de la Constitución de 1978 y que son pocos, aunque influyentes, los que la ponen en cuestión. Me parece que, además del natural desgaste de los dos partidos mayoritarios que se habían alternado en el gobierno, la crisis económica de 2008 fue el contexto que generó el movimiento del 15-M del que nació un nuevo partido político, Podemos, que se declara comunista y actúa en connivencia con el Partido Comunista que, desde hace décadas, se venía presentando electoralmente como Izquierda Unida. Ambos asumieron como objetivo, en aquel contexto, deslegitimar la transición y poner fin a lo que denominaron el «régimen del 78». Aunque inicialmente el nuevo partido tuvo un llamativo resultado electoral, en las últimas convocatorias perdieron mucho apoyo; ello no obstante, su inesperada presencia en el Gobierno y su influencia en ciertos medios de comunicación ha alimentado ese juicio negativo al que te refieres.

Ciertamente la cultura política es hoy bastante distinta a la de aquellos años. Creo que básicamente por tres razones. En primer lugar por la profesionalización de la política; los partidos políticos se han profesionalizado y una gran parte de los aparatos que los controlan están en manos de personas cuya única profesión es la actividad política; hay una impresión generalizada de que, como consecuencia de ello, el nivel intelectual y moral de los dirigentes políticos se ha degradado y los debates parlamentarios son una evidente y escandalosa prueba de ello. En segundo lugar, por la radicalización; las consecuencias de la crisis del 2008 de las que antes hablaba han dado lugar a una mayor presencia de una izquierda radical que además de deslegitimizar la transición y el régimen constitucional nacido de ella, se ha unido a la estrategia política seguida por el independentismo catalán, que se ha situado al margen de la legalidad constitucional como ya hizo durante la Segunda República; esta radicalización de la izquierda y su apoyo al independentismo –que, dicho sea de paso, de izquierda tiene más bien poco– ha generado a su vez el despegue de un nuevo partido radical en la derecha, Vox. Y, para cerrar el cuadro, el Partido Popular, acosado por las resoluciones judiciales sobre numerosos casos de corrupción y por la competencia de Vox, ha optado por radicalizar su forma de hacer oposición. La tercera razón es el papel que desempeñan ahora los medios de comunicación; las innumerables tertulias y las redes sociales han convertido

a muchos periodistas en actores políticos y a muchos políticos en meros vendedores de imagen, lo que se traduce en un nefasto predominio del populismo.

Creo firmemente que nuestra Constitución de 1978 fue una gran conquista; en este marco constitucional ni la derecha más reaccionaria ni la izquierda más revolucionaria podría soslayar, si alcanzara el gobierno, el carácter democrático y el carácter social que ella establece. Para modificarlo en uno u otro sentido tendrían que promover un profundo cambio constitucional, lo que la propia rigidez constitucional hace prácticamente imposible, o bien tendrían que romper violentamente el régimen constitucional vigente lo que, hoy por hoy, no parece viable en nuestro horizonte político y, desde luego, no resulta –en mi opinión– nada deseable. Todo ello no obstante va siendo hora de que nuestra Constitución admita algunas reformas. Me parece que la más necesaria sería la de definir y distribuir las competencias del Estado y las de las Comunidades Autónomas para terminar con el complicado sistema que establecen los artículos 148 a 150, lo que viene alimentando una inacabable, y a veces justificada, reivindicación de traspasos desde el Estado a las Comunidades y que también sirve con demasiada frecuencia para ofrecer buenos argumentos a los partidos nacionalistas. Algunas otras reformas son también convenientes, aunque no tengan tanta urgencia; me refiero a la preeminencia del varón sobre la mujer en la sucesión de la Corona, las funciones del Senado o la formulación de algunos derechos sociales. Y también sería probablemente necesario suavizar la extrema rigidez que la propia Constitución establece para algunas de estas reformas.

En los años de dedicación exclusiva a la actividad política mi formación jurídica resultó –me parece– un instrumento fundamental y creo que también lo fue mi experiencia inicial como abogado. En el Ministerio de Justicia compartí mucho trabajo dedicado al desarrollo legislativo de la Constitución unido a una intensa tarea de gestión y negociación con sindicatos y asociaciones ya que por aquel entonces el Ministerio asumía toda la gestión de inversiones y recursos humanos tanto en el ámbito judicial de todo el país como en las instituciones penitenciarias que en aquellos años eran competencia de aquel Ministerio. Mi trabajo académico quedó interrumpido y nunca traté de compatibilizarlo; sólo participé en una ocasión en las XI Jornadas de Filosofía Jurídica y Social, invitado por Luis García-San Miguel entonces Decano de la Facultad de Derecho en la Universidad de Alcalá donde se celebraba la reunión, con un trabajo titulado Libertad y responsabilidad penal que se publicó en el Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales en 1989. Lo que sí hice fue reanudar la publicación del Anuario de Filosofía del Derecho que llevaba años interrumpida y cuyo editor era el Ministerio de Justicia, como lo era de los Anuarios de Derecho Penal, de Derecho Civil y de Historia del Derecho. Fue aquella, por cierto, una experiencia un tanto absurda y dolorosa que motivó mi baja en la asociación que creo se llamaba Sociedad Española de Filosofía del Derecho, a la que nunca luego me reincorporé así como mi decisión de no publicar nunca en el Anuario; pero de todo ello prefiero no acordarme. Lo cierto es que los años de actividad política no contribuyeron nada a mi actividad en la filosofía del derecho de modo que cuando en 1992 me reincorporé a la Universidad tenía un par de cosas claras:

que no quería volver a ejercer la profesión de abogado, no porque no me gustase sino porque no quería seguir trabajando catorce horas diarias, y que no sabía nada, o casi nada, de nuestra disciplina; así que me reincorporé a la Facultad y me puse a estudiar.

No creo, para terminar esta pregunta, que la condición de filósofo del derecho sea una ventaja ni un inconveniente para dedicarse a la actividad política ni creo que la actividad política sea una ventaja ni un inconveniente para dedicarse a la filosofía del derecho; si creo, sin embargo, que es difícil hacer las dos cosas a la vez con buenos resultados. Posiblemente es más fácil combinar la actividad jurídica profesional con la actividad académica en las disciplinas de derecho positivo –podríamos decir que en esos casos la práctica profesional es o puede ser la dimensión clínica del estudio del derecho– pero es más difícil conciliar cualquier práctica profesional con la filosofía del derecho aunque no es imposible. Sin embargo, es muy conveniente que quien se dedica a la filosofía del derecho tenga una buena formación jurídica y una cierta experiencia en la práctica del derecho. Bobbio señaló, creo que con toda razón, que la mejor filosofía del derecho era la elaborada por juristas.

El proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial que elaboramos y negociamos hasta la saciedad con el Consejo General del Poder Judicial y con Alianza Popular no contenía ningún cambio importante, por lo que yo recuerdo, en el sistema de designación de los vocales del Consejo. Quiero decir que se mantenía la elección por los propios miembros de la judicatura de los doce provenientes de la carrera judicial. Parecía obvio que la Constitución indicaba ese sistema al distinguir entre los ocho juristas elegidos, por mayoría de tres quintos, cuatro por el Congreso y cuatro por el Senado entre abogados y juristas, y los doce de extracción judicial. Lo cierto es que, a pesar de las negociaciones y los acuerdos obtenidos, la reacción del Consejo General del Poder Judicial bajo la presidencia de Federico Carlos Sainz de Robles ante el Proyecto de Ley Orgánica fue durísima y muy coordinada con la posición de Alianza Popular. El Consejo reclamaba más competencias políticas y administrativas; recuerdo que reclamaba la gestión de los presupuestos judiciales, la gestión del Centro de Estudios Judiciales y, con ello, del acceso a la carrera judicial, la gestión del personal auxiliar, etc. Y recuerdo que su reacción ante lo que no concedimos fue muy dura. Incluso se alegó públicamente que el Consejo no había informado el Proyecto de Ley sino el Anteproyecto lo cual, decían, privaba de validez al propio Proyecto. En ese contexto se produce la enmienda Bandrés que encontró enseguida el apoyo del portavoz del PSOE en la Comisión de Justicia del Congreso, Pablo Castellano. La enmienda simplemente daba al traste con la elección corporativa de los doce vocales de extracción judicial atribuyendo su elección al Congreso y al Senado con la misma mayoría de tres quintos requerida para los ocho vocales extrajudiciales. No niego que fue un tanto sorprendente. Se alegó por Bandrés y muchos otros que era una fórmula más democrática y, aunque no recuerdo voces críticas en el Partido ni en el Gobierno, algunos, yo mismo entre ellos, tuvimos algún reparo. Por tres razones: porque parecía una interpretación muy forzada del párrafo 3 del artículo 122 de la Constitución, porque podría politizar en exceso al Consejo General del Poder Judicial y, finalmente, porque podía dar apoyo a su pretensión de

mayores competencias políticas y administrativas. Alianza Popular presentó un recurso de inconstitucionalidad contra la totalidad de la ley por defectos de procedimiento y contra algunos artículos concretos, ente ellos el de la forma de elección de los vocales de procedencia judicial. La sentencia 108/1986, de 29 de julio, siendo ponente el profesor Ángel Latorre, desestimó el recurso en todos sus motivos. Pero es muy importante recordar lo que señaló:

«Que esta finalidad se alcanza más fácilmente atribuyendo a los propios Jueces y Magistrados la facultad de elegir a doce de los miembros del CGPJ es cosa que ofrece poca duda; pero ni cabe ignorar el riesgo, también expresado por algunos miembros de las Cortes que aprobaron la Constitución, de que el procedimiento electoral traspase al seno de la Carrera Judicial las divisiones ideológicas existentes en la sociedad (con lo que el efecto conseguido sería distinto del perseguido) ni, sobre todo, puede afirmarse que tal finalidad se vea absolutamente negada al adoptarse otro procedimiento y, en especial, el de atribuir también a las Cortes la facultad de propuesta de los miembros del Consejo procedentes del Cuerpo de Jueces y Magistrados, máxime cuando la Ley adopta ciertas cautelas, como es la de exigir una mayoría calificada de tres quintos en cada Cámara (art. 112.3 LOPJ). Ciertamente, se corre el riesgo de frustrar la finalidad señalada de la Norma constitucional si las Cámaras, a la hora de efectuar sus propuestas, olvidan el objetivo perseguido y, actuando con criterios admisibles en otros terrenos, pero no en éste, atiendan sólo a la división de fuerzas existente en su propio seno y distribuyen los puestos a cubrir entre los distintos partidos, en proporción a la fuerza parlamentaria de éstos. La lógica del Estado de partidos empuja a actuaciones de este género, pero esa misma lógica obliga a mantener al margen de la lucha de partidos ciertos ámbitos de poder y entre ellos, y señaladamente, el Poder Judicial. La existencia y aun la probabilidad de ese riesgo, creado por un precepto que hace posible, aunque no necesaria, una actuación contraria al espíritu de la Norma constitucional, parece aconsejar su sustitución, pero no es fundamento bastante para declarar su invalidez, ya que es doctrina constante de este Tribunal que la validez de la ley ha de ser preservada cuando su texto no impide una interpretación adecuada a la Constitución. Ocurriendo así en el presente caso, pues el precepto impugnado es susceptible de una interpretación conforme a la Constitución y no impone necesariamente actuaciones contrarias a ella, procede declarar que ese precepto no es contrario a la Constitución».

Perdóname esta larga cita pero me parece fundamental porque, además de correcta y sensata, resulta ser profética. Ha habido dos reformas importantes del procedimiento de elección de los doce vocales de procedencia judicial. Las dos realizadas por el Partido Popular: la primera en 2001, gobernando el presidente Aznar, y la segunda en 2013, gobernando el presidente Rajoy. En las dos se ha tratado de dar satisfacción a las demandas de la corporación judicial y, manteniendo la decisión por dos quintos en manos de las cámaras, se ha establecido un procedimiento previo de selección de candidatos a propuesta de los jueces y magistrados o de las asociaciones judiciales, candidatos sobre los que las cámaras han de formular su elección. Un procedimiento como el actualmente vigente, que trata de equilibrar la decisión parlamentaria con una previa

propuesta corporativa controlada por el Consejo General del Poder Judicial no me parece una mala solución a pesar de que sigo creyendo que es una interpretación forzada del precepto constitucional pues claramente el artículo 122 de la Constitución piensa en la elección parlamentaria de ocho juristas no judiciales y en otra forma de elección de los doce procedentes de la carrera judicial y, como hemos dicho desde hace siglos en la comunidad jurídica, donde la ley no distingue no debemos distinguir y donde la ley distingue debemos distinguir. Pero admito que esta discrepancia se ve atenuada por un sistema que, como el actual, trata de equilibrar la decisión parlamentaria con la propuesta corporativa.

Pero esta no es la cuestión. La cuestión es que los partidos políticos vienen haciendo caso omiso de aquella clara advertencia del Tribunal Constitucional y su acuerdo, cuando lo hay, es repartirse los puestos en cuotas proporcionales a su representación parlamentaria consiguiendo que, a ojos del público, los vocales del Consejo aparezcan como delegados del partido que los nombró y estos vocales, a su vez, tiendan a repartirse los cargos judiciales que tienen que nombrar en función de esas mismas cuotas, consiguiendo que los puestos judiciales más importantes aparezcan de nuevo como delegados de una o de otra corriente ideológica. Esto es lo lamentable. Pero de esto no tienen la culpa los jueces y magistrados, tienen la culpa los dirigentes políticos. Y quiero añadir: ni la Constitución ni las leyes dicen que la renovación de los magistrados del Tribunal Constitucional, de los vocales del Consejo General del Poder Judicial, del Defensor del Pueblo y de otras instituciones sean competencia de los líderes de los partidos mayoritarios. Dicen qué instituciones deberían nombrarlos y obviamente es una obligación democrática que lo hagan, obligación que deberían cumplir los diputados y senadores, cuando les corresponde a ellos, y cuyo cumplimiento les debería ser exigido por las respectivas presidencias de las Cámaras. El secuestro de la decisión por los dirigentes de un partido, esté en el gobierno o esté en la oposición, es una especie de prevaricación política por omisión, un abuso de derecho y una lamentable aportación a la vida democrática, como lo es también que en esos nombramientos los partidos adopten el sistema de repartirse los puestos por cuotas y que sus diputados y senadores obedezcan la disciplina partidaria en lugar de cumplir con el deber que tienen legalmente encomendado.

Y, si me lo permites, querría añadir algo más: me parece obvio que todo esto que estamos comentando, las designaciones por cuotas y la continua identificación en los medios de las autoridades judiciales y de los propios jueces y magistrados como conservadores o progresistas, genera en los ciudadanos la imagen de una justicia dependiente del poder político. Y lo curioso es que esto dista mucho de la realidad. En las decisiones judiciales se puede constatar, con muy pocas excepciones, una gran independencia. En los casos más llamativos para la opinión pública, los casos de corrupción política, en nuestro país se ha juzgado y condenado a personalidades políticas de la derecha y de la izquierda, incluyendo presidentes autonómicos, ministros, secretarios de estado, directores generales, alcaldes y concejales; incluso la propia judicatura ha juzgado, condenado y expulsado de la carrera a algún que otro magistrado destacado por su orientación

ideológica tanto hacia la izquierda como hacia la derecha. En conjunto, la actuación de los jueces y tribunales es muchísimo más independiente de lo que la manipulación partidista del Consejo General del Poder Judicial parece aparentar. Afortunadamente para nosotros la mujer del César es mucho más honesta de lo que parece; y desgraciadamente para nosotros no lo parece lo suficiente.

Manuel Atienza: *Antes de entrar en lo que cabe calificar como tu etapa de madurez como filósofo del Derecho, quiero plantearte una cuestión que quizás sí que pueda merecer por tu parte –a diferencia de lo ocurrido con las anteriores– una respuesta breve. ¿Qué novedades encontraste en la universidad española, después de una década dedicado a la política y, como nos acabas de decir, sin apenas contacto con la vida académica? ¿Cómo había cambiado, en particular, el panorama de los estudios iusfilosóficos? ¿Cuál te parece que ha sido la evolución de la universidad en estos últimos años? ¿Qué opinión tienes ahora –y qué opinión tenías en el momento de su implantación– del llamado «Plan Bolonia»? ¿Recomendarías que sirviera de inspiración, por ejemplo, a las universidades latinoamericanas? ¿Y qué nos dices de tu experiencia como «autoridad académica», puesto que en una época fuiste decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid? ¿Debería considerarse, por cierto, como un mérito –como ocurre ahora en España– el desempeño de puestos de gestión universitaria para optar a los puestos de profesor titular o de catedrático? ¿Está, en definitiva, bien orientada en tu opinión la universidad española?*

Liborio Hierro: Inicialmente, a principios de los años 70, nuestra Facultad había tenido un plan de estudios experimental con tres cursos comunes y dos de especialización con tres ramas –Derecho Privado, Derecho Público y Derecho de la Empresa– que, además, incorporaba asignaturas optativas. Aunque todos, profesores y alumnos, estábamos satisfechos con sus resultados, en el curso 1974-1975 nos vimos obligados a volver al Plan 1953. Me reincorporé, tras diez años de ausencia, en la primavera de 1992 y afortunadamente al año siguiente se implantó un nuevo plan de estudios reduciendo la licenciatura a cuatro años e introduciendo las asignaturas optativas y el Practicum. La implantación de este nuevo plan se llevó a cabo no sólo con diligencia sino con un claro entusiasmo, como si implicase recuperar aquel proyecto inicial, por lo que tuve la suerte de que mi reincorporación coincidiera con un cambio muy positivo. Por lo demás, la Universidad Autónoma de Madrid gozaba por entonces de muy buen ambiente y bastantes recursos. En el ámbito de nuestra disciplina me pareció, como antes te dije, que yo había perdido bastante información y que se había avanzado mucho. La revista DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho –que es una excelente obra vuestra– había aparecido en 1984 y era ya entonces un claro testimonio del tremendo avance que se había producido tanto en la investigación como en la proyección internacional de la filosofía del derecho española. Lo que entonces me pareció más llamativo era la enorme influencia de Ronald Dworkin y, consecuentemente, el creciente distanciamiento del positivismo metodológico.

Creo que la universidad española vivió dos décadas brillantes desde la Ley de Reforma Universitaria de 1983 que estableció una notable autonomía para las universidades, mejoró las condiciones del profesorado y organizó los departamentos como estructura básica de la investigación y la docencia. En 1985 el mecanismo de la idoneidad permitió una regularización masiva de los profesores no numerarios que se habían acumulado en la década anterior. La autonomía de las universidades y su capacidad para nombrar dos de los cinco miembros en los tribunales de las oposiciones del profesorado fomentaron, sin embargo, una clara y cada vez más acusada endogamia. La Ley de Ordenación Universitaria de 2001 y su posterior reforma en 2007, con la introducción del Plan Bolonia, no han puesto fin a esa deriva endogámica.

Sobre el Plan Bolonia creo que conviene distinguir su efecto sobre la organización de los títulos universitarios, su efecto sobre la carrera académica y su efecto sobre la docencia.

El conjunto de reformas heterogéneas que se situaron bajo el paraguas de «Bolonia» implicó una extraña mezcla del sistema napoleónico de títulos oficiales protegidos con el sistema anglosajón de títulos académicos no protegidos así como una extraña mezcla de títulos universitarios cortos y generalistas como los «bachelors» norteamericanos –que ni están orientados a una profesión determinada ni tienen un perfil científico especializado– con títulos oficiales aparentemente profesionales. La consecuencia es que mantenemos como «grados» las antiguas licenciaturas, enseñanzas con orientación profesional o científicamente especializadas (psicología, biología, matemáticas, derecho, economía, etc.) pero recortando su duración para asimilarlas a aquellos breves grados norteamericanos y presuntamente satisfacer necesidades del mercado. El resultado es que seguimos generando un alto número de graduados en disciplinas específicas (derecho, biología, economía, sociología, etc.) cuyos grados académicos son insuficientes para acceder al mercado de trabajo correspondiente y que han de orientarse a una formación posgraduada en los correspondientes másteres. De este modo la idea de títulos universitarios cortos al servicio de las necesidades del mercado resulta ser sencillamente un engaño con consecuencias funestas: unas licenciaturas científicamente devaluadas que no otorgan licencia alguna y una variada y encarecida oferta de másteres de perfiles no siempre claros.

La carrera académica se ha convertido en una subida al calvario. Los jóvenes que han conseguido hacer un grado y un posgrado (hoy el máster es requisito para hacer un doctorado) y terminar su tesis doctoral han de empezar por ser acreditados para cualquier posible expectativa de trabajo académico. Hay acreditación para ser ayudante doctor, acreditación para ser contratado doctor, acreditación para ser profesor titular y acreditación para ser catedrático. Ninguna de ellas garantiza el correspondiente puesto docente pero es requisito necesario para poder obtenerlo. Las acreditaciones se obtienen por un sistema prácticamente secreto, sin concurrencia con otros candidatos a una plaza definida y sin que los informes de los expertos se hagan públicos ni determinen la decisión de la correspondiente agencia acreditadora, que puede ser estatal o autonómica. El resultado, en este aspecto, es que antes o después todos los candidatos se acreditan y,

una vez acreditados, las universidades hacen la correspondiente selección que la propia universidad controla (habitualmente ni siquiera la universidad sino cada departamento o área de conocimiento en que la plaza se ubica), selección que de forma prácticamente inexorable recae en el candidato doméstico. Es generalmente sabido que este sistema ha consolidado una endogamia que hoy es prácticamente endémica. En general cada candidato a la carrera académica termina haciéndola en la universidad donde estudió y cada universidad forma su claustro de profesores con sus propios alumnos. A pesar de la inmensa burocratización que supone el sistema de acreditaciones el resultado es una competencia a la baja que ha sustituido el antiguo poder de las escuelas científicas a nivel de todo el país, lo que a veces planteaba alguna arbitrariedad en la selección, por el poder de las escuelas locales, que da lugar a una especie de arbitrariedad institucionalizada. Lo peor de todo es que antes aquellos fallos del sistema eran públicos mientras que hoy son prácticamente secretos.

Por lo que respecta a la docencia mi impresión y mi experiencia son, por el contrario, totalmente favorables. La disminución de las clases pomposamente llamadas «magistrales» y la introducción de seminarios con muchos menos alumnos me permitieron un contacto mucho más directo con los alumnos, un incremento sustancial de las lecturas que utilicé como material básico para cada sesión semanal y que, al mismo tiempo, me permitía una cierta evaluación continuada de los alumnos mediante sencillos tests. Los alumnos, en general, respondieron muy bien y alcanzaron un nivel de interés y de conocimientos como nunca hubiera podido soñar. En este aspecto, sólo en este aspecto, soy un entusiasta defensor del Plan Bolonia.

Mi etapa como Decano fue, en primer lugar, un inesperado honor. Nuestra Facultad –como bien sabes– tenía muy alta consideración en las encuestas de calidad y permanecía entonces vigente una costumbre originaria según la cual a las elecciones a decano se presentaba sólo un candidato o una candidata que había obtenido previamente un consenso mayoritario entre sus colegas. Es difícil, si no imposible, explicar cómo se explicitaba ese consenso pero lo cierto es que así venía ocurriendo de forma reiterada una y otra vez; la votación se celebraba luego formalmente, con la participación de todos los estamentos universitarios, y el candidato o candidata venía obteniendo siempre un apoyo mayoritario con muy pequeñas variaciones. Otra costumbre era que ningún decano se presentaba a un segundo mandato, aun cuando las normas reglamentarias se lo permitiesen. Quiero decir, por tanto, que no me presenté a decano por mi propia voluntad sino porque me lo propusieron y, desde luego, que me pareció un gran honor. El mandato no fue difícil; en nuestra Facultad cuando se estableció, en 1983, la estructuración departamental de las universidades, optamos por una racionalización atenta sólo a criterios académicos y –contra lo que fue la práctica más común de maximizar el número de departamentos en función del número de profesores reglamentariamente requerido– la estructura se limitó a sólo dos departamentos que, años después, se amplió a tres: el Departamento de Derecho Privado, Social y Económico; el Departamento de Derecho Público y Filosofía Jurídica; y, desde 1993, el Departamento de Ciencia Política y Relaciones Internacionales. Me parece que aquella doble costumbre y esta

sencilla estructura departamental habían dotado a nuestra Facultad de una gran estabilidad institucional aun conviviendo en ella grupos e incluso escuelas con distinta orientación científica y con distinta sensibilidad ideológica y, sobra decirlo, hacían bastante fácil la función del Decano.

Para terminar, no creo que la experiencia en la gestión constituya, en ningún caso, un mérito científico ni un mérito docente que son –en mi opinión– los que han de tenerse en cuenta para elegir a los profesores en cualquier nivel. Pero al mismo tiempo creo que la elección democrática de los cargos académicos con amplias facultades de gestión resulta muy discutible. Si yo fuera el responsable último de una universidad buscaría a los mejores investigadores para investigar y dirigir la investigación, a los mejores docentes para enseñar y dirigir la docencia y a los mejores gestores para gestionar los recursos.

Manuel Atienza: *Uno de los temas que más te ha preocupado en tu etapa de madurez iusfilosófica es el de la eficiencia. En torno a esa noción giran tus trabajos sobre el análisis económico del Derecho o los destinados a mostrar las conexiones existentes entre eficiencia, justicia e igualdad; de hecho, uno de tus libros, publicado en 2002 (y que recogía varios artículos de los años 90), se titula precisamente así: «Justicia, igualdad y eficiencia». ¿Podrías ofrecernos una síntesis de lo que defiendes ahí? En particular, ¿en qué se diferencia tu postura sobre la eficiencia (la maximización de la riqueza) de las defendidas por Posner, por Calabresi y por Dworkin? ¿Qué sentido hay que darle a tu afirmación de que la eficiencia es un componente de la justicia? ¿De qué manera pueden hacerse compatibles los principios de eficiencia y de igualdad? ¿Cómo entiendes la igualdad? Y, yendo a una cuestión que no tratas en ese libro, pero que tiene que ver con la igualdad (con la manera de entender la igualdad en la Constitución): En los años 90 tuvimos un debate a propósito de la existencia o no de casos trágicos en el Derecho, porque tú negabas que pudiera hablarse de casos trágicos, por ejemplo, a propósito del posible conflicto que pudiera plantearse entre los principios de igualdad y de dignidad humana, en relación con un juez que se viese obligado a dictar una orden de expulsión de un inmigrante ilegal. Si estoy en lo cierto, lo que tú sostenías es que ese juez (suponiendo que hacía una aplicación adecuada de la ley: la ley de extranjería le obligaba a tomar esa decisión de expulsión) no atentaría ni contra el principio de igualdad ni contra la dignidad de esa persona. Cabría hablar –decías– de una experiencia trágica, pero no de carácter jurídico sino moral. ¿Sigues pensando así?*

Liborio Hierro: En el prólogo del libro que mencionas explico el motivo que, precisamente en el momento de mi reincorporación a la universidad, me llevó a ocuparme de la eficiencia. Fue la presidencia del Tribunal de Defensa de la Competencia, que desempeñé durante dos años, lo que me obligó a estudiar el principio de eficiencia que es fundamental para entender el derecho antitrust. Comprobé al mismo tiempo que ese principio, en las dos últimas décadas del siglo XX, se había incorporado de forma expansiva tanto a la teoría como a la práctica jurídica en la escuela denominada «Análisis Económico del Derecho» dando lugar también a debates relevantes para la filosofía del

derecho. Mi interés se centraba en la relación de la eficiencia con los derechos humanos y particularmente con la igualdad, siguiendo un camino iniciado –como allí señalé– por la rotunda crítica de Ronald Dworkin tanto al enfoque de Richard Posner como al de Guido Calabresi.

En síntesis: llegué a la conclusión de que la eficiencia, entendida sencillamente como la maximización de la riqueza, es un ingrediente de la justicia porque la satisfacción de los derechos humanos, cuando incluimos los derechos sociales, requiere eficiencia y, al mismo tiempo, la eficiencia –es decir, el crecimiento de la riqueza– va desplazando continuamente hacia un nuevo nivel el derecho a la igualdad. Esta síntesis implica que comparto plenamente la rotunda crítica de Dworkin al enfoque de Posner y sus seguidores, que básicamente venían considerando la maximización de la riqueza como el valor social por excelencia y, en consecuencia, el principio fundamental para orientar la creación y la aplicación del derecho. Pero también implica, sin embargo, que no comparto la crítica de Dworkin al enfoque de Calabresi, que básicamente sugería la necesidad de ubicar la maximización de la riqueza y su distribución en una teoría de la justicia y eso es precisamente lo que traté de hacer en los trabajos que finalmente integraron ese libro.

Dworkin llega a admitir que la riqueza social es ingrediente de un valor social porque el incremento de la riqueza hace posible reducir la pobreza y, a nivel individual, capacita para disfrutar de una vida más valiosa y más feliz pero insiste en que la justicia consiste en una distribución igualitaria. Me parecía que no era una explicación suficiente y propuse una comparación entre dos sociedades, una pobre en recursos y otra rica en recursos, que tuvieran una idéntica distribución. En la segunda incluso los más pobres podrían disponer de alimento, vivienda, educación, sanidad y cultura mientras que en la primera una gran mayoría, incluyendo a los más beneficiados por la distribución, apenas tendrían recursos para subsistir. Si no entendemos la justicia sólo como el procedimiento de tratar a todas las personas como iguales sino también como la exigencia de satisfacer sus derechos, y si entendemos los derechos como las necesidades para desenvolverse como agente moral, entonces la eficiencia es un ingrediente –por utilizar la terminología del propio Dworkin– necesario de la justicia. Una sociedad que optimiza sus recursos y los distribuye con criterios igualitarios satisface mejor las necesidades de las personas, sus derechos, y en consecuencia no es sólo una sociedad más rica sino también una sociedad más justa. Esa era mi primera conclusión, que sigo considerando correcta: la eficiencia es un componente de la justicia, necesario aunque no suficiente. Esto implica, a su vez, que –como defiende Calabresi– las transacciones y los ajustes no se suscitan entre eficiencia y justicia sino entre eficiencia y distribución.

La conclusión final de aquel trabajo era que una teoría de la justicia no puede limitarse a cuestiones de procedimiento, como parece derivarse de la influencia de Rawls y se pone de manifiesto en autores como Brian Barry o Thomas Nagel, sino que tiene que ocuparse de la producción y distribución de los bienes y recursos que permiten a los seres humanos desenvolverse como agentes morales y eso incluye establecer cuál es el nivel de igualdad en la satisfacción de necesidades que la justicia exige. Ahora bien,

puesto que las necesidades crecen en la medida en que crecen los bienes y los recursos (sea en alimentación, en vivienda, en educación, en sanidad o en cultura y ocio) resulta imposible establecer un nivel mínimo de igualdad de carácter fijo por lo que la justicia exige una igualdad –la entendamos como igualdad de consideración y respeto (Dworkin) o como igualdad en los bienes primarios que incluyen las bases sociales del respeto de sí mismo (Rawls)– que se ve constantemente empujada hacia la posición de los más aventajados y requiere, por ello, los incrementos que sean posibles de la riqueza social (eficiencia) y movimientos redistributivos constantes (igualdad).

No recuerdo bien el debate al que te refieres pero creo efectivamente que un juez que, aplicando adecuadamente una ley cuya inconstitucionalidad no pueda poner en duda mediante el procedimiento previsto, tiene que tomar una decisión como la expulsión de un inmigrante ilegal, confirmar el despido procedente de una trabajadora que es madre soltera de dos niños o acordar el lanzamiento de un inquilino en situación de desempleo por impago de la renta, se está enfrentando a decisiones moralmente difíciles o trágicas pero jurídicamente correctas –si, por hipótesis, lo son– y por ello él no atenta, con su decisión, a la igualdad ni a la dignidad de las personas afectadas. Eventualmente cabría decir que la ley que aplica debiera ser reformada para impedir esas situaciones o que otras normas legales debieran aprobarse para, en tales casos, proteger a los afectados pero no puede ser el juez, en cada caso concreto, el que decida si se aplica o no se aplica una ley –seguimos, por hipótesis, hablando de leyes cuya constitucionalidad no quepa poner en duda– pues, de ser así, la legislación y todo el complejo aparato al que denominamos como «estado de derecho» sobraría y retornaríamos a la justicia del cadí o a las fazañas y albedríos. Ese dilema moral del juez se suscita en muchas otras profesiones; valgan como ejemplos el abogado que tiene que defender a un criminal y debe conseguir y consigue su absolución por defectos meramente formales en la instrucción de la causa o el médico que tiene que optar en una situación de triaje entre el agresor o su víctima y se ve obligado a hacerlo por el primero. Ese tipo de dilema está moralmente resuelto –en mi opinión– por la deontología profesional aunque, desde luego, no deje de suponer una experiencia trágica.

Manuel Atienza: *Luego te haré alguna pregunta sobre deontología profesional, pero ahora me gustaría que pasáramos del tema de la eficiencia al de la eficacia. En el año 2003 publicaste un libro titulado «La eficacia de las normas jurídicas» que, obviamente, tiene mucho que ver con lo que antes comentabas sobre la influencia del realismo jurídico en tu obra. En ese libro, además de insistir en la importancia de prestar una mayor atención, por parte de la teoría del Derecho y las dogmáticas jurídicas, a la dimensión de la eficacia, analizas ese concepto desde tres perspectivas: la eficacia como cumplimiento, como aplicación y como éxito de las normas. ¿Podrías aclararnos un poco esos tres –o esos cuatro– conceptos? ¿Qué relación existe entre validez y eficacia de las normas, o sea, cómo planteas tú esa relación? ¿Cómo debe entenderse el principio de que la ignorancia del Derecho no excusa de su cumplimiento? Y, yendo a un tema quizás más concreto, ¿qué entiendes por normas perversas?,*

¿en qué consisten sus efectos negativos?, ¿de qué manera se conecta esa problemática con la de la anomia?

Liborio Hierro: Hay, sin duda, una influencia del realismo en mi atención a la eficacia de las normas pero también hay una influencia anterior, la de Elías Díaz que ya en su libro de 1971 había defendido, siguiendo a Norberto Bobbio, la necesidad de estudiar el derecho en tres niveles de la normatividad, la validez, la eficacia y la justificación, que respectivamente corresponderían a la ciencia del derecho, la sociología del derecho y la filosofía del derecho. Puso Elías un especial énfasis en la sociología del derecho por su habitual ausencia en los planes de estudio hasta el punto de titular aquel libro como Sociología y Filosofía del Derecho –el orden de los términos no era inocente– y dedicar la tercera parte del libro a la historia, concepto y temas de esa sociología. Todo ello no obstante, la sociología del derecho siguió ausente en nuestros planes de estudio y casi ausente en el interés de los juristas académicos. Me parece que la convicción generalizada era y sigue siendo que la sociología del derecho es algo muy interesante pero, en cuanto es una especialidad de la sociología y no de la ciencia ni de la filosofía jurídica, de ella deben ocuparse los sociólogos y debe ser estudiada en las facultades de sociología. No comparto, desde luego, esa división del trabajo; creo, por el contrario, que –con palabras de Neil MacCormick y Ota Weinberger que cito al final del libro– ««la ciencia jurídica sin consideración de la realidad social –que corresponde al aspecto existencial de la norma– resulta inconcebible […] el jurista tiene que plantearse también cuestiones que se refieren a la existencia social del Derecho, su forma de operar en la sociedad y las relaciones entre el Derecho y la sociedad […] todas éstas son cuestiones propias de juristas». Intenté, por eso, abordar una modesta teoría de la eficacia de las normas jurídicas.

Como bien dices, el análisis del concepto me llevó desde el principio a distinguir tres o cuatro sentidos en que hablamos de la eficacia de una norma jurídica. Dejando aparte otros dos sentidos que son propios de las disciplinas jurídicas –el de la eficacia como vigencia o entrada en vigor de una norma y el de eficacia como efecto jurídico o eficacia constitutiva– en el aspecto externo o sociológico podemos distinguir entre la eficacia como cumplimiento, como aplicación, como éxito e incluso como eficiencia. Decimos, en primer lugar, que una norma es eficaz cuando la conducta prescrita por la norma y la conducta seguida por sus destinatarios se corresponden; ahora bien, esta correspondencia puede producirse no como consecuencia de la propia norma jurídica sino por la obediencia a una norma moral o religiosa o por una mera costumbre. Distinto es el caso cuando la norma jurídica es la razón o parte de las razones de la conducta de sus destinatarios, en cuyo caso podemos hablar de cumplimiento u obediencia. Por eso propongo denominar «correspondencia» a ese primer sentido de la eficacia y distinguir dentro de la correspondencia entre la mera coincidencia y el cumplimiento. A partir de ahí estudié los posibles motivos del cumplimiento distinguiendo cinco: el temor a la sanción, la utilidad, el respeto al orden, el respeto a la autoridad y la adhesión al contenido de la propia norma. La eficacia como aplicación es sencillamente la

decisión de un órgano de adjudicación de las normas jurídicas encaminada a forzar el cumplimiento de la norma por su destinatario cuando ha sido incumplida, o a imponerle la sanción prevista cuando no es posible forzar el cumplimiento. La eficacia como éxito tiene un sentido diferente: se trata de que la norma jurídica sirva para alcanzar el estado de cosas que su autor se propone. Para calibrar la eficacia o ineficacia de una norma en este sentido es necesario conocer el estado de cosas previo, el propósito o propósitos del autor de la norma, la eficacia de la norma como cumplimiento o –en su defecto– como aplicación, y el estado de cosas resultante. Finalmente cabe hablar de la eficacia como eficiencia no tanto en el sentido de maximización de la riqueza –del que hemos hablado antes en relación con el análisis económico– sino en el sentido más corriente y meramente instrumental, es decir: si la norma en cuestión, su cumplimiento y su eventual aplicación, es un medio menos costoso en recursos, tiempo y ausencia de efectos colaterales negativos, que otros medios legítimos que permitieran alcanzar el mismo resultado (como campañas publicitarias u otros incentivos a la conducta que se desea obtener).

Creo que es en este punto donde conviene hacer referencia a las normas perversas. Me referí a ellas siguiendo las investigaciones de José M. Fernández Dols, catedrático de Psicología Social en la Universidad Autónoma de Madrid, que me había hecho en cierto modo partícipe de ellas invitándome a formar parte de algunos tribunales de tesis doctorales que trataban sobre ese tema. El concepto de norma perversa que utiliza en esas investigaciones, básicamente empíricas, es claro y sencillo: una norma perversa es una norma jurídica generalmente incumplida y generalmente inaplicada que eventualmente se aplica. Esas investigaciones vienen a demostrar que cuando esta perversión se produce genera cuatro efectos: el destinatario lo experimenta como arbitrariedad; la autoridad que aplica la norma lo experimenta con cierta desmoralización al ser consciente de que actúa de forma discrecional porque podría seguir sin aplicarla; el sistema normativo sufre, principalmente en las normas más cercanas a la norma perversa (por ejemplo, las reguladoras del tráfico de vehículos), un efecto contagio; y, finalmente, el grupo social tiende a solidarizarse con el incumplidor y en contra de la autoridad. Si entendemos como anomia no sólo la ausencia de norma sino la degradación de su función regulativa por su incongruencia o por su ineficacia, las normas perversas son claramente un supuesto muy relevante de anomia.

Creo que en la teoría del derecho disponemos de tres respuestas a la relación entre validez y eficacia. La primera sería la de Kelsen para quien la validez es la forma de existencia de las normas pero, sorprendentemente, la eficacia resulta ser condición de la validez –una condición sine qua non pero no una condición per quam, en sus propias palabras– de tal modo que la desuetudo priva de validez a la norma. La segunda sería la de Ross para quien la eficacia es la forma de existencia de las normas y la validez, en cuanto sentimiento de su obligatoriedad, es condición de la eficacia. La tercera es la de Hart para quien validez y eficacia son dos propiedades independientes de las normas. Hasta aquí creo que la razón la tiene Hart y, parafraseándole, diría que esto es una elemental doctrina. Distinta cuestión es la relación de la eficacia con la existencia de

un sistema jurídico. Resulta obvio que la existencia de un sistema jurídico depende de su eficacia pero si entendiéramos, como algunos han propuesto, que la eficacia del sistema depende de la eficacia general de sus normas caeríamos en un razonamiento circular: la existencia de un sistema jurídico depende de la eficacia general de sus normas cuya existencia depende de la eficacia general del sistema al que pertenecen. Creo que, siguiendo a Hart, podemos superar esta circularidad formulando lo que se ha denominado «principio de eficacia» de otro modo: la existencia de un sistema jurídico depende de la eficacia de su(s) regla(s) de reconocimiento y la existencia de las normas jurídicas depende de la existencia del sistema al que pertenecen.

El epílogo de aquel libro trataba, como indica tu pregunta, sobre el alcance y justificación del viejo principio de que la ignorancia del derecho no excusa de su cumplimiento; un breve epílogo que, con algunas modificaciones, he presentado luego en diversas reuniones y se ha publicado en varias versiones. El motivo de aquel epílogo era que en el primer capítulo del libro incluyo un recorrido histórico sobre las tres decisiones que la codificación estableció en favor de la ley –en el sentido de disposición o norma jurídica formulada expresamente por la autoridad– y en contra de la costumbre, lo que podríamos leer como la preeminencia de la validez sobre la eficacia: la costumbre contra legem no es fuente de derecho y, por ello, no deroga a la ley; la costumbre negativa o desuso tampoco deroga a la ley; y, finalmente, la ignorancia del derecho no excusa de su cumplimiento. Mientras en el resto del libro había tratado los aspectos teóricos de las relaciones entre validez y eficacia, quedaba pendiente alguna referencia al principio de ignorancia que, sin embargo, había sido objeto de muchas discusiones y de diferentes explicaciones y matices para acabar siendo tildado por Joaquín Costa como «la más grande tiranía». El análisis del alcance de ese principio en el derecho actual, una vez que distinguimos entre las sanciones restitutivas y las sanciones represivas, distinguimos entre las acciones mala in se y las acciones mala prohibita, y tenemos en cuenta la evolución del error de prohibición en el derecho sancionador, lleva a la conclusión de que el principio en cuestión tiene un alcance muy residual que, a fin de cuentas, se limita a imponer la obligación de restituir los daños sobre el incumplidor-ignorante y no sobre el cumplidor (conocedor o, quizá también, ignorante) en los casos de responsabilidad civil y a soportar una sanción atenuada en uno o dos grados en casos de incumplimiento de normas represivas cuando concurre el error o ignorancia vencible. Mi conclusión era que se trataba de un modesto precio a pagar por vivir bajo el imperio de las leyes.

Manuel Atienza: *La referencia que acabas de hacer al imperio «de las leyes» me lleva, de una manera que podría calificarse de «natural», a formularte alguna pregunta sobre uno de los conceptos de los que te has ocupado en varias ocasiones: el del imperio de la ley, como componente del Estado de Derecho. Hace algunos años te manifestaste en contra de lo sostenido por Laporta, en el sentido de que, para él, el imperio de la ley sería un imperativo ético con independencia de su origen democrático, mientras que tú postulabas que, para atribuirle ese valor, la «ley» debía entenderse como expresión de la voluntad popular, debía tratarse de una ley democrática. ¿Cómo ha evolucionado esa polémica –si se puede llamar*

así: ya sé que tenéis concepciones del Derecho muy afines– que, si mal no recuerdo, suponía también que él defendía una visión del Estado de Derecho más formalista (o menos sustantivista) que la tuya? Otra cosa. En un texto reciente (incluido en un libro en homenaje a Luis Prieto) señalabas que, en tu opinión, los dos grandes principios de la ética judicial (la independencia y la imparcialidad) debían verse como corolarios del imperio de la ley y no como el resultado de una «ética aplicada». ¿Podrías aclararnos lo que quieres decir con ello? O, quizás más exactamente, ¿contra qué o contra quienes va esa afirmación tuya? Y en fin, dado que has escrito también en varias ocasiones sobre temas de ética o deontología profesional, ¿podrías indicarnos sintéticamente cómo concibes tú la ética de los profesionales del Derecho, en particular, la de los jueces?

Liborio Hierro: Lo que sostuve y sostengo es que el imperio de la ley es una noción con valor ético y, por ello, un valioso ideal político-jurídico. En ello coincido plenamente con Laporta que lo considera «un complejo imperativo moral dirigido al sistema jurídico».[3] Me separaba yo de Laporta en un solo aunque importante aspecto: para él, el imperio de la ley como imperativo ético se limita a determinados criterios estructurales en la formulación y aplicación de las normas jurídicas con independencia de su origen democrático.[4] Por mi parte, siendo en esto fiel a la tesis de Elías Díaz, defendía y defiendo la conveniencia de mantener asociado el principio democrático al imperativo ético del imperio de la ley; insisto: no a su definición sino a su virtualidad como imperativo moral. Creo que, propiamente hablando, no hubo polémica alguna porque ni él ha debatido nunca la cuestión en estos términos ni mi discrepancia es demasiado profunda. Como ya señalé en otra ocasión, esta diferencia es sólo de oportunidad ya que ni Laporta ha negado el principio democrático ni yo niego que su versión del imperio de la ley constituya también –aunque en mi opinión en un sentido más débil– un imperativo ético. Lo que pienso es que la interpretación fuerte que, como hace Elías Díaz, introduce en la noción misma de imperio de la ley el elemento democrático, resulta necesaria, precisamente bajo el punto de vista ético, para dotar de un fundamento sólido a la pretensión moral de obediencia a la ley o, en caso contrario, para justificar moralmente su desobediencia. Para ello es necesario que la ley sea expresión de la propia autonomía de los sujetos a los que se aplica y, por ello, legitimada por su aprobación, requisito que sólo puede satisfacerse concibiendo a la ley como expresión mediata o inmediata de la voluntad general. Añadí entonces –y sigo pensando– que esta interpretación fuerte es más oportuna porque la interpretación débil pone de relieve la superioridad moral de la legalidad frente a la arbitrariedad, lo cual no parece estar hoy en cuestión, mientras que la interpretación fuerte pone de relieve la superioridad moral de la voluntad general –la democracia– frente a cualquier forma de autoritarismo –tiranía u oligarquía– lo que todavía está desgraciadamente en cuestión.

3. Francisco Laporta, «Imperio de la Ley. Reflexiones sobre un punto de partida de Elías Díaz», *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho,* 15-16, Vol. 1, pp. 133-145, (1994), p. 134.
4. Francisco Laporta, ibídem, pp. 142-144.

Si no te parece mal voy a invertir las respuestas a las dos últimas cuestiones ya que –me parece– la respuesta a la segunda hará más comprensible la respuesta a la primera.

Para ubicar mi respuesta sin extenderme en exceso empezaré por recordar una idea diametralmente opuesta a la que yo sostengo. Nuestro buen amigo y respetado colega Aulis Aarnio ha sostenido lo siguiente: «Mi tesis principal es que de facto no hay una ética profesional particular de los juristas (ni de ninguna otra profesión) más allá o por encima de los principios éticos que obligan a todo el mundo».[5] Intuyo que la consecuencia de esta afirmación es que no hay nada que pueda denominarse específicamente «ética profesional» o «deontología profesional». Por mi parte sostengo lo que, al menos aparentemente, parece lo contrario aunque –me atrevo a decir– mi opinión no se refiere al «más allá o por encima» sino al «más acá o por debajo».

Me explico: ejercer una profesión es asumir el correspondiente rol y asumir el conjunto de obligaciones y derechos que se derivan de él. Cierto es que una gran parte estos derechos y obligaciones no son específicos. Que un profesional no deba mentir a un cliente o no deba injuriar a un colega no tiene nada de específico; como ya escribí en otras ocasiones, tampoco se debe mentir a un familiar ni injuriar a un vecino; que deba realizar su trabajo con diligencia y honestidad es algo que moralmente se le puede exigir a cualquier tipo de profesional, a un comerciante o a cualquier trabajador. Hasta aquí, por tanto, no habría nada específico. Otros derechos y obligaciones pueden considerarse específicos en el sentido de que sólo corresponden al que ejerce una cierta profesión pero se derivan, por conclusión o por determinación sin mayor problema, de normas morales de carácter general; su carácter específico estriba simplemente en que el que no ejerce esa profesión no se encuentra en la ocasión de aplicación de la norma (por ejemplo, si afirmamos que el médico tiene el deber moral de actualizar sus conocimientos médicos y el abogado sus conocimientos jurídicos). Los problemas interesantes aparecen cuando comprobamos que, en muchos o algunos casos, el rol profesional requiere y justifica conductas que son contrarias a las normas morales generales y que ello es lo que ha generado ciertas costumbres, normas morales o normas jurídicas peculiares: cuando el profesional tiene el derecho o la obligación, en virtud de su rol, de hacer algo que en circunstancias normales está prohibido o cuando tiene prohibido hacer algo, en virtud de su rol, que en circunstancias normales está permitido o incluso es obligatorio. Nos encontramos, entonces, ante derechos y obligaciones excepcionales, en el estricto sentido de que constituyen excepciones a la aplicación de normas morales de carácter general. Su justificación sólo puede encontrarse en que sean conductas cuya realización sea condición necesaria para el desempeño de una función profesional justificada y que no viole un bien de mayor importancia que la propia función profesional. Como ya argumenté hace tiempo al discutir esta cuestión, creo que la justificación moral de estas excepciones implica satisfacer tres condiciones: que la función profesional de la que se derivan esos derechos y obligaciones excepcionales esté justificada (condición de la

5. Aulius Aarnio, «Lawyers Professional Ethics-Do They Exist?», *Ratio Iuris*, vol. 14, pp. 1-9 (2001); p. 2.

finalidad); que la conducta excepcionalmente prohibida, obligatoria o permitida, sea una conducta instrumentalmente necesaria para cumplir la función profesional (condición de la necesidad) –la cual se desdobla en que sea instrumentalmente adecuada para cumplir la función (condición de la adecuación) y que no exista una conducta alternativa y conforme con las normas morales generales que satisfaga en los mismos términos el cumplimiento de la función (condición de la ausencia de alternativa–); y, finalmente, que la conducta excepcionalmente prohibida, obligatoria o permitida no implique la violación de una regla o principio de una mayor peso moral que los que son servidos por la función profesional. En mi opinión la deontología debiera ser una disciplina fundamental en la formación del jurista pero bien entendido que la deontología no propone los ideales de vida de un profesional sino que se limita a establecer qué es lo que, bajo el punto de vista moral, las normas sociales y jurídicas reguladoras de la profesión deben imponer, es decir: lo que los miembros de un determinado grupo profesional deben hacer y no deben hacer cuando ejercen esa profesión.

En varias ocasiones he tratado de aplicar estas ideas a las profesiones jurídicas.

Lo primero que me ha llamado la atención es que en la configuración institucional de las profesiones jurídicas propia del estado de derecho se generan dos roles profesionales no sólo diferentes sino contrapuestos. A pesar de las diferencias entre la cultura jurídica anglosajona y la continental o romano-canónica ambas han terminado por adoptar el sistema «adversarial» o contencioso en la aplicación de las normas jurídicas y es esta estructura la que da lugar a dos roles que no sólo son distintos sino contrapuestos. Si adoptamos una clasificación funcional de las profesiones jurídicas –que me parece la más relevante desde un punto de vista deontológico si, como he indicado, lo peculiar de la deontología deriva del rol que se desempeña y el rol deriva de la organización institucional de la función– entonces lo que resulta peculiar en las profesiones jurídicas es que, en ellas, no sólo se da cabida a dos o más funciones técnicamente diferentes –como lo pueden ser la del médico y la del enfermero, o la del profesor y la del inspector educativo, o la del arquitecto y la del encargado de obra– sino básicamente a dos funciones contradictorias entre sí: la que se encamina a optimizar los intereses del cliente dentro del marco de posibilidades legales y la que se encamina a obtener la aplicación de la ley sea cual sea la índole de los intereses afectados.

Este peculiar marco de toma de decisiones supone una de estas dos cosas: o bien que el ordenamiento jurídico no predetermina una única respuesta correcta a cada conflicto planteado o bien que la respuesta correcta (admitido que la haya) sólo puede alcanzarse mediante un procedimiento discursivo. En cualquiera de ambas hipótesis explicativas el sistema contencioso supone que en los niveles de creación y aplicación preventiva de normas el sistema ofrece muchas posibilidades alternativas lo que da lugar a que unos profesionales (abogados, consultores fiscales, etc.) asuman la función de optimizar los intereses del cliente dentro de las posibilidades legales mientras otros profesionales asumen la función de vigilantes al homologar, registrar o validar los actos de los particulares (notarios, registradores, inspectores, etc.), y a que, en el nivel de la formalización y resolución de conflictos jurídicos, ese carácter contencioso se radicalice

mediante un procedimiento de decisión basado en una discusión contradictoria y aquí es donde se manifiesta más descarnadamente la contradicción entre los dos roles.

De un lado, el rol básico del abogado como la parcialidad y el servicio al cliente, lo cual –dicho sea de paso– no requiere suscribir un modelo exclusivamente contractual con ausencia de toda regulación del acceso a la profesión, del contenido de los contratos profesionales o de las obligaciones del abogado ante el tribunal y ante sus colegas, pero sí requiere aproximar el modelo del experto al modelo contractual y someter a revisión las múltiples normas supuestamente deontológicas que simplemente sirven para mantener ventajas corporativas en un mercado poco simétrico respecto a la información disponible por los ofertantes del servicio y por sus demandantes. De otro lado, el rol del juez cuya función típica se desempeña en el momento de resolver un conflicto jurídicamente formalizado y que, no sorprendentemente, es cabalmente el contrario al del abogado: la imparcialidad. El modelo de juez que satisface este rol es el de un juez profesional, modelo que se apoya, de un lado, en la vinculación a la ley y, del otro, en la imparcialidad en el proceso.

Concretaré algo más pero, antes de hacerlo, permíteme que me proteja de un aspecto formal de tu pregunta. Me dices: «¿contra qué o contra quienes va esa afirmación tuya?» En la anterior pregunta también decías que hace algunos años me había manifestado «en contra de lo sostenido por Laporta». Da así la impresión de que soy un polemista lo que, desde luego, está muy lejos de mi intención y mucho más lejos de mi capacidad. Naturalmente cuando uno sostiene una idea, una tesis o una explicación de cualquier cosa, concepto o argumento, se contrapone inevitablemente a cualquier idea distinta, cualquier tesis alternativa o cualquier otra explicación, pero eso no quiere decir que esté «contra» nadie, salvo que sea un escolástico militante, lo que quiero creer que nunca he sido. Soy consciente, sin embargo, de que tu pregunta, así planteada, está motivada porque en el trabajo en homenaje a Luis Prieto al que haces referencia argumenté una contraposición entre la concepción del constitucionalismo post-positivista y la concepción del constitucionalismo positivista de la función judicial y sus respectivas consecuencias deontológicas. Varios colegas muy cercanos se sintieron malinterpretados por la forma en que tracé esta distinción y es probable que yo haya simplificado las diferencias entre ambas concepciones.

Ello no obstante, me sigue pareciendo correcto afirmar que una extendida corriente del constitucionalismo post-positivista se caracteriza por sostener tres tesis: (a) que las constituciones contemporáneas incluyen explícita o implícitamente principios morales de carácter objetivo; (b) que el carácter normativo supremo de estas constituciones supone que las normas inferiores, las leyes y los reglamentos, sólo son jurídicamente válidas si satisfacen aquellos principios morales, y (c) que la argumentación jurídica, típicamente la que tiene que hacer el juez para decidir aplicando el derecho a la solución de un conflicto, es una argumentación moral lineal que desciende desde el correspondiente valor o principio moral objetivo incorporado a la constitución hasta la decisión del conflicto, decisión que necesariamente será, por ello, una decisión conforme con el derecho y moralmente correcta. El constitucionalismo positivista –que suscribo– se

caracteriza, por el contrario, por sostener estas tres tesis: (a) que las constituciones contemporáneas, que han afirmado con éxito su carácter normativo son, como es obvio, el nivel superior de la ley como fuente de derecho y que su contenido moral es contingente y puede coincidir o no coincidir con criterios morales razonables y hacerlo en mayor o menor grado pero que su autoridad moral, política y jurídica procede básicamente de su legitimación democrática; (b) que las leyes aprobadas por el parlamento como representante ordinario de la voluntad general comparten con la constitución, a la que están jerárquicamente subordinadas, esa misma legitimidad democrática y es eso lo que las dota de una especial autoridad moral, política y jurídica; y (c) que, consecuentemente, el imperio de ley como fuente del derecho que los jueces están encargados de aplicar para resolver conflictos da lugar, necesariamente, a una argumentación que es un caso especial de argumentación práctica precisamente porque los jueces están sometidos a ese imperio de la ley y ese rol social que define su función puede suscitar serios problemas morales que dan sentido a una específica deontología profesional. Si esta conclusión es –como creo– correcta entonces el imperio de la ley resulta ser el imperativo moral específico de la función judicial. El profesional de la jurisdicción asume, por su rol profesional, una meta-norma moral (como la denominó Ernesto Garzón) que justifica su obligación de decidir conforme a los principios morales del sistema jurídico cuya jurisdicción ejerce y conforme a las normas jurídicas de cualquier rango que desarrollan y concretan aquellos principios, salvo que pueda considerarlas inválidas por contradecir normas de rango superior o, si se trata de normas con rango de ley, pueda suscitar una cuestión de inconstitucionalidad. De este modo, el imperio de la ley es algo más que una prescripción técnica; es un principio moral que el juez debe internalizar moralmente, es decir: hacer suyo. Y de ello se deriva que la independencia y la imparcialidad –que, he argumentado, no son dos virtudes morales de carácter general– sean la consecuencia, para los profesionales de la jurisdicción, de una ética deontológica. Esperamos de los jueces una actitud de neutralidad en el conflicto y una fidelidad a las normas que han de aplicarse. Esto es lo que Alf Ross denominó «conciencia jurídica formal» y consiste en que el juez en sus decisiones, y sean cuales sean sus propias ideas o principios sobre las propias normas que aplica, tiene que aparecer como esa «boca que pronuncia las palabras de la ley» antes que como expresión de cualquier opción parcial, sea por convicción, sea por simpatía o sea por interés.

Manuel Atienza: *Es posible que yo tenga una mayor propensión que tú hacia la polémica. Pero mi intención de que sigamos hablando sobre el positivismo jurídico (o de que enfrentemos ahora esa cuestión directamente y no de manera simplemente tangencial como ha ocurrido en relación con varias de las anteriores preguntas) obedece fundamentalmente a un deseo de comprensión. Yo tengo la firme convicción, desde hace ya bastante tiempo, de que el positivismo jurídico, en cualquiera de sus versiones, es una concepción del Derecho incompatible con lo que solemos llamar «constitucionalismo» (entendido como hecho, como el conjunto de cambios que han tenido lugar en nuestros ordenamientos jurídicos y que han modificado el objeto de estudio de la teoría del Derecho y de las dogmáticas jurídicas), de*

la misma manera (o de manera análoga) a lo que sucedió con el iusnaturalismo en relación con el Derecho moderno: dejó de ser una concepción funcional del Derecho a partir de un cierto momento histórico. Y de ahí mi extrañeza al encontrarme con que filósofos del Derecho que mantienen posiciones bastante semejantes a las mías en muchísimos aspectos, sin embargo, sigan calificándose a sí mismos como positivistas jurídicos. Por supuesto, yo estoy de acuerdo contigo en que el imperio de la ley tiene una sustancia ética y también, por ejemplo, en cómo resolver los problemas de deontología profesional a los que antes te referías: lo que planteas, en definitiva, no es otra cosa que una ponderación, una ponderación entre principios que chocan entre sí a propósito de un cierto caso, lo que requiere establecer una prioridad considerando una serie de elementos que vienen a ser los mismos que uno puede encontrar, digamos, en la famosa concepción de Alexy (necesidad, idoneidad, proporcionalidad en sentido estricto). Y estoy de acuerdo también en que la argumentación moral que, necesariamente, lleva a cabo un juez al justificar su decisión no puede ser «una argumentación moral lineal». Pero es que esto último, el que los principios jurídicos sean simplemente principios morales y que el juez pueda –o deba– actuar, a la hora de motivar sus decisiones, como si fuera un argumentador moral sin más, no lo ha sostenido ningún postpositivsta, o no positivista, digamos, respetable. Puede encontrarse en obras teóricas o en sentencias de los llamados «neoconstitucionalistas», pero, para entendernos, nada tiene que ver con lo sostenido por autores como Dworkin, Alexy, Nino o el último MacCormick. Si vamos a lo que parece ser la principal seña de identidad del positivismo jurídico, la distinción metodológica o conceptual entre el Derecho y la moral, yo encuentro estos dos problemas en tu posición (problemas para que puedas seguir considerándote iuspositivista). Uno es que, en diversos lugares has mostrado que la identificación del Derecho o el razonamiento judicial no permite (al menos en los Derechos del constitucionalismo) hacer esa distinción. O sea, la moral para ti no está exclusivamente fuera del Derecho, sino que forma parte en algún sentido de la práctica jurídica. De ahí una afirmación como la siguiente: «una decisión judicial siempre requiere una justificación moral aunque esta justificación puede ser de primer grado (la decisión me parece moralmente correcta) o de segundo grado (la decisión me parece moralmente incorrecta, pero está moralmente justificado adoptarla)». Creo que viene a ser en el fondo lo mismo que sostuvo al respecto Nino, lo que le llevó a enfrentarse con los positivistas de entonces (y de ahora) y que a mí me ha parecido siempre un punto esencial para entender el razonamiento judicial (él lo consideraba como la cuestión más importante de la filosofía jurídica): las razones jurídicas por sí solas no tienen fuerza justificativa. El segundo problema es la afirmación que hacías al final de tu anterior respuesta al señalar que «el contenido moral» de nuestras constituciones es «contingente» y que puede coincidir o no «con criterios morales razonables». Es, como sabemos, la forma que ha encontrado el llamado «positivismo incluyente» de sortear el problema: la conexión entre el Derecho y la moral no tendría un carácter necesario. Pero, sinceramente, me parece una forma –casi diría una argucia– para salir del paso completamente insatisfactoria: se parece a lo del «Derecho natural de contenido variable» y otros mecanismos ad hoc por el estilo para salvar una tesis que ha dejado de ser defendible. Cuando señalas que el contenido moral de nuestras constituciones es contingente, ¿quieres decir con ello que, por ejemplo, seguiríamos pensando que,

en España, tendríamos una constitución si, imaginemos, no contuviese un principio como el de dignidad humana, el de igualdad ante la ley, el de libertad de expresión, etcétera, etcétera? Parece obvio que no y que la defensa del constitucionalismo (aunque se trate de lo que tú llamas un «constitucionalismo débil») es incompatible con pensar precisamente eso. Pero entonces, ¿qué hay que entender por «contingente»? ¿Y qué más da que uno pueda concebir –y cuando digo «concebir» no quiero significar que sean sólo construcciones de la imaginación– ordenamientos jurídicos en los que esos principios estén totalmente ausentes? Por supuesto que en nuestras constituciones y en nuestras leyes no todo lo establecido autoritativamente (o lo decidido por un juez) es conforme con la moral, ¿pero por qué están (estáis) los positivistas jurídicos tan empeñados en insistir en que sólo si se es positivista uno puede hacer afirmaciones del tipo de «la norma N es jurídica pero es injusta»? A mí me parece obvio que no es así, y que ninguno de los anteriores autores no positivistas identifican el Derecho con la moral, esto es, tienen ningún tipo de imposibilidad para hacer afirmaciones como la anterior, o sea, para criticar el Derecho positivo en términos morales.

En fin, discúlpame por la extensión tan exageradamente larga de mi pregunta. Pero es un tema que me parece importante. Y espero que también te lo parezca a ti y se lo parezca al lector de Doxa.

Liborio Hierro: Te decía antes –al responder a tu quinta pregunta– que al reincorporarme a la Universidad en 1992, tras diez años de ausencia, lo que me pareció más llamativo era la enorme influencia de Ronald Dworkin y, consecuentemente, el creciente distanciamiento del positivismo metodológico de muchos autores que se habían (y os habíais) formado en el positivismo analítico. Este es el origen, creo, de la polémica a la que me invitas. En los conocidos capítulos segundo y tercero de su obra Los derechos en serio Dworkin reconstruyó la obra de Hart como un «modelo de las normas» al que contrapuso su modelo de los principios o, por mejor decir, de los derechos. Dworkin consideró que el modelo de las normas de Hart era el exponente más típico del positivismo contemporáneo y lo sometió a crítica. Ya entonces me pareció que Dworkin había tergiversado las tesis de Hart. Como indicó Genaro Carrió «al criticar al positivismo jurídico, Dworkin ha creado o inventado su blanco. La modalidad de positivismo jurídico contra la cual argumenta, no existe».[6] Me sigue pareciendo que el Postscript de Hart, dedicado prácticamente en exclusiva a responder a Dworkin, y la réplica del propio Dworkin, ambas de 1994, confirman las palabras de Carrió. Mi opinión es que la indiscutible, y para mi sorprendente, influencia de aquel postulado antipositivista de Dworkin se debe no tanto al rigor y al acierto de sus críticas al positivismo de Hart como a su poderosa convocatoria a un cambio de agenda en la teoría del Derecho, cambio cuyo anclaje fundamental se encontraba en la afirmación de que una teoría general del derecho debe ser a la vez conceptual y normativa, con lo que estoy totalmente de acuerdo. Desde aquel debate han transcurrido muchos años y me parece que en las propias filas positivistas –como escribí hace algunos años– se ha

6. Genaro R. Carrió, *Dworkin y el positivismo jurídico*, México, UNAM, 1981, p. 54.

ido generando una abultada polémica de «escuelas». Decía entonces que la polémica había tomado un cierto tinte «escolástico» porque parece que la cuestión relevante ya no era tanto cuáles son las relaciones del derecho con la moral, que carácter tienen y qué consecuencias teóricas y prácticas se derivan de ellas, sino qué respuestas a estas preguntas son admisibles en el club de los positivistas y en el de los post-positivistas y en qué secciones dividen a sus respectivos miembros. Así que, para continuar la respuesta, no me queda más remedio que remitirme al artículo que publiqué en el número 25 de DOXA en 2002[7], en el que escribí aquello y en el que, tras releerlo ahora pausadamente, me ratifico. En resumen: me sigue pareciendo lúcida y útil la distinción hecha por Bobbio entre el positivismo como modo de acercarse al estudio del derecho, el positivismo como teoría del derecho y el positivismo como ideología del derecho y, tomando esta distinción como referencia, coincido con Carrió cuando señaló que Hart no puede ser considerado positivista en el aspecto teórico ni en el aspecto ideológico en los que resultaría claramente un anti-positivista. Quienes suscribimos el positivismo metodológico –esto es, como modo de aproximarse al estudio del derecho– compartimos generalmente tres tesis: la tesis de las fuentes sociales, la tesis de la identificación objetiva y la tesis de la separación conceptual entre el derecho y la moral. No me parece ni necesario ni conveniente desarrollar ahora estas tres tesis que son bien conocidas por nuestros colegas.

Me parece, sin embargo, oportuno insistir en un par de aspectos del debate. El primero es mi coincidencia con ese cambio de agenda en la teoría del Derecho que me parece ser el fundamento de la influencia de Dworkin porque, en efecto, lo que llamamos «ciencias» del derecho no son otra cosa que elaboraciones doctrinales sobre el derecho positivo hechas por participantes y dirigidas a participantes, y lo mismo ocurre con la teoría general del derecho e incluso con la teoría de la justicia que, aunque se construya desde el punto de vista de un observador crítico del ordenamiento jurídico, se dirige también a participantes. Un punto de vista externo, objetivo y neutral –un punto de vista científico en sentido propio– como puede ser el del antropólogo, el sociólogo o el historiador cuando se ocupan del derecho, es ajeno y muy distante del que corresponde a lo que denominamos ciencias del derecho, a la teoría general del derecho y a la filosofía del derecho. Ello no obstante, el punto de vista de un participante incluye necesariamente enunciados externos u observacionales, meramente descriptivos y, por ello, el positivismo como modo de aproximarse al estudio del derecho resulta necesario y adecuado para ese punto de vista pero no tanto con el objetivo de obtener una teoría pura, de «eliminar de la ciencia del derecho todos los elementos que le son extraños» –en las conocidas palabras de Kelsen– sino, por el contrario, su objetivo es –en mi opinión– mantener un punto de vista moral frente al derecho positivo libre de determinaciones fácticas; en palabras de Hart: «orillar… el peligro de que el derecho

7. «¿Por qué ser positivista?», *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho,* n.º 25, 2002, pp. 263-302.

vigente pueda reemplazar a la moral como criterio final de conducta y escapar así a la crítica».[8]

Y permíteme ahora que polemice contigo. Voy a aplicar las consideraciones anteriores al núcleo de tu pregunta. Coincidimos, como dices, en que el imperio de la ley tiene una sustancia ética; coincidimos, como también dices, en cómo resolver los problemas de deontología profesional y en que la moralidad de la argumentación de un juez al justificar su decisión no puede ser una argumentación moral lineal. ¿En qué discrepamos? Discrepamos, dices, en «lo que parece ser la principal seña de identidad del positivismo jurídico, la distinción metodológica o conceptual entre el Derecho y la moral» y añades que no puedo considerarme positivista ya que «la moral para ti no está exclusivamente fuera del Derecho, sino que forma parte en algún sentido de la práctica jurídica». Por supuesto: tanto la moral positiva como algunos o muchos de los principios o valores de una moral crítica o esclarecida forman parte del derecho positivo y, en mayor o menor grado, siempre lo han hecho. Es prácticamente inconcebible un ordenamiento jurídico a-moral. Pero el grado de coincidencia de la moral con el derecho positivo es siempre contingente, más todavía si nos referimos a una moral crítica, esclarecida o racional. No veo en qué se parece esta afirmación a lo del derecho natural de contenido variable. Niegas que se pueda sostener, como yo entre otros muchos sostenemos, que el contenido moral de nuestras constituciones es contingente y, para fundamentar esta negación, me preguntas: «¿quieres decir con ello que, por ejemplo, seguiríamos pensando que, en España, tendríamos una constitución si, imaginemos, no contuviese un principio como el de dignidad humana, igualdad ante la ley, libertad de expresión, etcétera, etcétera? Parece obvio que no y que la defensa del constitucionalismo (aunque se trate de lo que tú llamas un 'constitucionalismo débil') –continúas diciendo– es incompatible con pensar precisamente eso» Respondo diciendo: si el tipo de norma o conjunto normativo que denominamos «constitución» fuese por definición una norma o conjunto de normas de jerarquía superior a la legislación y demás normas derivadas que hubiese de contener el principio de dignidad humana, igualdad ante la ley, libertad de expresión, etcétera, en los Estados Unidos de América no hubo cosa alguna que pudiéramos denominar «constitución» hasta, por lo menos, el 18 de diciembre de 1865 en que por fin se ratificó la decimotercera enmienda que supuso la efectiva y definitiva abolición de la esclavitud; o quizás hasta el 21 de mayo de 1920 en que por fin se ratificó la decimonovena enmienda aprobando el sufragio femenino. Los ejemplos podrían extenderse hasta la saciedad. ¿No son constituciones, no merecen ese nombre, las constituciones que no satisfacen plenamente las exigencias de la dignidad humana, las libertades y los derechos morales básicos de las personas? ¿Tenemos que afirmar algo así como Constitutio iniusta non est constitutio sed corruptio constitutionis? No encuentro ninguna ventaja teórica ni práctica en retornar a estas alturas a una especie de iusnaturalismo constitucional. La tesis de la separación me parece seguir

8. Herbert L. A. Hart, *Derecho y Moral. Contribuciones a su análisis*, Buenos Aires, Depalma, 1962, p. 10.

siendo una elemental doctrina, como la calificó Hart, y ello con independencia de que los regímenes constitucionales actuales, en gran parte de los países, incorporen un mayor y mejor contenido moral que en otros tiempos. Ahora bien, si –como al final de tu pregunta dices– los autores no positivistas no identifican el derecho con la moral, ni tienen inconvenientes para afirmar que la constitución C o la norma constitucional NC son jurídicas aunque sean injustas, ni para criticar el derecho positivo en términos morales, entonces quiere decirse que suscriben esta elemental doctrina y nuestra discusión no pasa de ser una disputa verbal.

Concluyo. Aceptarás –espero– que no suscribo el positivismo como posición teórica y que nunca lo he hecho, como tampoco suscribo el positivismo como ideología; no creo que el ordenamiento jurídico sea siempre, ni siquiera con frecuencia, pleno y coherente, y creo que la interpretación y aplicación del derecho es una tarea complicada y no una mera deducción lógica, y creo que no hay, en muchos casos, una única respuesta correcta; no creo tampoco que el ordenamiento jurídico merezca siempre ni merezca todo él una obediencia moral. Sin embargo, como espero haber dejado claro, sigo sosteniendo las tesis básicas de lo que se suele denominar positivismo metodológico pero –repitiendo inevitablemente lo que escribí no hace mucho– creo que la relación entre el derecho y la moral es frecuente y extensa pero es contingente y no encuentro contradicción alguna en afirmar la separación conceptual –sólo conceptual– entre el derecho y la moral y pretender al mismo tiempo que el derecho realice ciertos ideales morales; no todos, por supuesto, pero sí algunos muy relevantes como son los que se expresan en los derechos humanos. En fin, deseo y defiendo un orden jurídico que traduzca mediante procedimientos democráticos esos valores en normas claras, estables y eficaces, a las que los jueces deben una especial lealtad. Creo que esta posición recibe ahora la etiqueta de «positivismo normativo»; no me parece muy convincente pero, si es así, la acepto de buen grado.

Manuel Atienza: *Discúlpame que siga en cierto modo con el tema del positivismo jurídico. Pero va estrechamente ligado con la pregunta que ahora quería hacerte, a propósito de los derechos humanos. Insisto en que un no positivista (un postpositivista) no tiene, naturalmente, ningún inconveniente en aceptar que sobre el Derecho pueden hacerse enunciados externos (típicamente, los de un sociólogo o un historiador) y que presuponen la separación entre el Derecho y la moral. Al igual que no creo que lo que esté en cuestión en esta discusión sea la posibilidad de afirmar que una norma es jurídica e inmoral al mismo tiempo. Tengo la impresión de que esto último no lo han negado, en realidad, ni siquiera iusnaturalistas como Tomás de Aquino; aunque desde luego no es este momento para entrar en esa cuestión. Lo que me parece fundamental es que el positivismo jurídico (también el positivismo metodológico) lleva a una teoría del Derecho empobrecida y alejada de las prácticas jurídicas. Pues se puede aceptar, en abstracto, que la relación entre el Derecho y la moral es contingente, pero eso sería precisamente en abstracto: no es así por lo que respecta a nuestros Derechos, los del Estado constitucional. Y yo no veo mucho sentido a la idea de construir una teoría del Derecho (particularmente si se acepta su carácter no meramente descriptivo, sino también*

normativo) que no tenga como centro fundamental de referencia la realidad de nuestros Derechos. Dicho de otra manera, si se es coherentemente positivista (como, por ejemplo, Kelsen), entonces los derechos humanos no pueden jugar el papel determinante que hoy tienen en nuestras prácticas jurídicas (me refiero a que la teoría no puede dar cuenta de ello; no a que un positivista adhiera o no a esa ideología). Pero este obviamente no es tu caso. Y cuando uno examina tu concepción de los derechos humanos (al igual que la de otros autores que se consideran a sí mismos también positivistas), lo que resulta es que tu aproximación parece más bien desmentir lo de la necesidad de separar metodológicamente el Derecho de la moral; o sea, tal y como tú lo entiendes habría que decir, me parece, que el concepto de derecho humano tiene una dimensión moral inesquivable. Cito un fragmento de tu libro de 2015 Los derechos humanos. Una concepción de la justicia: «Cuando afirmamos que algo debe hacerse porque tiene derecho a ello, queremos probablemente decir que es bueno hacerle tal cosa y que sería malo dejar de hacerlo. O sea, que se trata de una necesidad, interés o deseo de un sujeto ante la cual se obra bien si y sólo si se la satisface (…) tener un derecho es, jurídicamente hablando [pero el concepto jurídico presupone el moral], tener una necesidad que las normas del sistema jurídico exigen satisfacer en todo caso».

Bueno, dejando a un lado lo anterior, mi pregunta a propósito de los derechos humanos se puede concretar en estas dos subcuestiones. La primera: dado que, a lo largo de tu carrera académica, te has ocupado en diversas ocasiones de ese tema, ¿dirías que has partido siempre de la misma concepción, o hay algún cambio en tus planteamientos que pueda considerarse significativo? Y la segunda: ¿Cómo resumirías tu concepción sobre los derechos humanos? ¿Cuál dirías que es el núcleo fundamental de tu teoría?

Liborio Hierro: No me queda más remedio que empezar por formular algunos matices al preámbulo que antepones a esta pregunta. No he dicho antes que puedan hacer enunciados externos que presuponen la separación entre el derecho y la moral los meros observadores (un sociólogo o un historiador) –como tú aquí me recuerdas– sino que también los pueden y los tienen que hacer los participantes tanto si cultivan alguna de las llamadas «ciencias del derecho» (el derecho civil, el derecho mercantil, el derecho laboral, el derecho administrativo, etcétera), como si cultivan la teoría general del derecho o la filosofía del derecho pues son todos ellos participantes y observadores a un mismo tiempo, ya sean observadores entusiastas o sean observadores críticos. Quizás esto es justamente lo que nos separa: que tú –y en general los postpositivistas– sostenéis que quien hace teoría sobre el derecho de un estado constitucional actual no puede separar el derecho de la moral. Si es así, recaéis en una nueva especie de positivismo ético similar a la que profesaron los fetichistas de la ley. Si no es así, no hay desacuerdo alguno entre nosotros.

Dudo mucho, por otra parte, que nuestra posición lleve a una teoría empobrecida; habría que demostrarlo; y dudo más todavía que este alejada de la práctica jurídica que domina en los profesionales del derecho, abogados, fiscales, jueces y demás. Creo, más bien, que la versión que vosotros sostenéis está demasiado dominada por el modelo de práctica jurídica que siguen inevitablemente los tribunales constitucionales o supremos

en los que, por cierto, el activismo judicial ha estado siempre, para bien y para mal, más presente. Es obvio que quienes tienen que resolver conflictos entre principios y/o reglas constitucionales no tienen normas jerárquicamente superiores que aplicar a la solución del conflicto. No pueden –para decirlo claramente– recurrir a la subsunción del caso conflictivo en lo prescrito por otra norma. No les cabe sino ponderar los principios, explícitos o subyacentes, en las normas constitucionales. Ello no obstante, si el legislador ha realizado ya una ponderación determinada debieran –en mi opinión– mantener una fuerte deferencia hacia la ley, algo que puede enunciarse en un sencillo principio: donde la constitución admite cualquier margen de interpretación, cualquier alternativa racional es constitucional.

Vayamos a la pregunta. Por supuesto que la idea de los derechos humanos tiene una dimensión moral ineludible pero –como antes te dije– no encuentro contradicción alguna en afirmar la separación conceptual entre el derecho y la moral y pretender al mismo tiempo que el derecho realice ciertos ideales morales; básicamente algunos muy relevantes como son los que se expresan en los derechos humanos. Esta es una exigencia moral para el derecho positivo que se realiza en mayor o menor grado en los actuales sistemas constitucionales. No toda constitución contemporánea declara y protege todos los derechos humanos como debiera y hay que añadir: no basta la declaración formal en un texto constitucional para protegerlos adecuadamente. Seguimos hoy siendo testigos, y muchos son desafortunadas víctimas, de lo que Ferdinand Lasalle ya en 1862 denominó «constituciones de papel».

Creo que no ha habido ningún cambio significativo en mi concepción de los derechos humanos. Se ha ido construyendo poco a poco pero –me parece– sin cambios de orientación. Trataré de resumirla en seis pasos.

El primero es sobre el concepto. Terminada mi tesis doctoral me interesé enseguida por aclarar con metodología analítica el concepto de los derechos humanos sobre los que trabajaba entonces con Gregorio Peces-Barba y Eusebio Fernández y que me parecía se mantenían, entre nosotros, en un universo ideológico atrayente pero mal definido. La bibliografía exterior ofrecía, sin embargo, una atención cada vez mayor a la teoría de los derechos humanos. En 1982 pude publicar un artículo en que presentaba la discusión que entonces se mantenía, discusión centrada en aplicar al concepto de derechos humanos la disyuntiva, ya antigua en la dogmática jurídica, entre la teoría de la voluntad o la teoría del interés. Me decanté por la teoría del interés (Neil MacCormick, Joel Feinberg) frente a la teoría de la voluntad que contaba con el autorizado respaldo de Hart. Me sorprende, tantos años después, que la última gran obra filosófica sobre los derechos humanos –On Human Rights de James Griffin, publicada en 2008– siga aferrada a la teoría de la voluntad.

Mi opinión es que lo que llamamos derechos humanos son el producto de una construcción ética, un invento, pero conceptualmente son «derechos subjetivos en sentido propio y estricto» –en palabras de Hugo Grocio que siempre me gusta evocar– aunque de carácter moral. Esto, que hace tiempo causó cierta perplejidad a autores tan destacados como Norberto Bobbio o Gregorio Peces-Barba, es fácil de explicar. Los

derechos subjetivos no son otra cosa que posiciones normativas favorables a su titular (libertades, pretensiones, potestades o inmunidades, siguiendo el esquema de Hohfeld) y, por ello, son posiciones que pueden establecerse en cualquier sistema de normas, sean las normas jurídicas (de las que han recibido en algunos idiomas su nombre de «derechos»), sea en las normas de un juego, sea en las normas morales. No hay, pues, contradicción ni ambigüedad alguna en hablar de derechos morales, como ya hizo con autoridad John Stuart Mill. Son, eso sí, derechos morales con una especial característica: que son condición necesaria para que una persona, un ser humano, pueda desenvolverse como agente moral en un contexto dado y, por ello, requieren su reconocimiento y protección en el ordenamiento jurídico.

El segundo es sobre el fundamento. Puesto que asumo una meta-ética no cognoscitivista, entiendo que el fundamento de los derechos humanos es la concepción moral de la persona como agente autónomo que resulta un requisito previo a toda argumentación moral y que es el fundamento necesario, suficiente y unitario de los derechos humanos cuando éstos son entendidos como las situaciones normativas que constituyen condición necesaria para que la persona se desenvuelva como agente moral en su contexto. Creo que en esto coincido con lo que Dworkin calificó como una difusa pero poderosa idea de la dignidad humana, con lo que Rawls terminó por aclarar que era el punto de partida de su teoría de la justicia como equidad, con Alexy y con tantos otros, aunque me satisface especialmente la forma en que lo enuncian Alan Gewirth o Ernst Tugendhat.

El tercero se refiere al sujeto –hoy en que tantos nuevos sujetos de derechos morales aparecen en el horizonte–. Creo que los derechos humanos se inventaron para proteger un ámbito de soberanía individual frente al poder físico o normativo de otros y que, con ello, vinieron a dar la mejor respuesta que conocemos a la definición romana de la justicia como voluntad constante y perpetua de dar a cada uno su derecho, de modo que los derechos humanos constituyen el contenido de una teoría de la justicia, teoría que no es moralmente neutra porque implica una determinada concepción de las personas como agentes morales, libres e iguales. He analizado el prejuicio de la especie para explicar y justificar por qué aceptamos como titulares de derechos humanos no sólo a los niños y a los disminuidos físicos o psíquicos, a lo largo de su evolución como personas morales, sino también a los infantes y a los incapaces absolutos. He recurrido a la teoría del interés para justificar esto, a lo que podemos denominar el lado positivo del prejuicio de la especie. Pero el prejuicio de la especie tiene también un lado negativo o excluyente que muchos ponen hoy en cuestión. Creo que cabe discutir si algunos animales han llegado o pueden llegar al mínimo grado de autoconciencia necesario como para considerarlos agentes morales y reconocerles derechos morales fundamentales de idéntico peso a los derechos humanos, pero me parece que no es ni necesario ni conveniente extender la titularidad de derechos morales de este tipo, fundamento de un orden justo, a ningún tipo de entidad individual o colectiva que no sea un agente moral o pertenezca a la misma especie que los agentes morales.

El cuarto trata del contenido. Entiendo que los derechos humanos se pueden reducir básicamente al derecho a la seguridad (las inmunidades que garantizan la integridad física y moral de la persona), la libertad (las libertades para desenvolverse como agente moral) y la igualdad (las pretensiones que permiten a cada persona humana acceder al bienestar y a las oportunidades de desenvolverse como persona en términos similares a los demás ya que cada una tiene el mismo valor moral que cualquier otra). De los muchos variados problemas que suscita la positivación de estos derechos morales en un ordenamiento jurídico dado creo que el más complicado es el que se refiere a la igualdad. Más allá de la igualdad formal ante la ley tenemos el desafío de satisfacer en términos igualitarios las necesidades mínimas, desde el aporte diario de calorías hasta el nivel de educación, y esas necesidades no son sólo naturales; son una construcción social que es función de las posibilidades de satisfacción en un contexto dado, es decir que cada uno experimenta como una necesidad básica aquello que, si hubiese sido tratado con igual consideración, hubiera podido llegar a alcanzar en su contexto. La conclusión es, entonces, que no es posible establecer un mínimo fijo como medida de la justa satisfacción de las necesidades del sujeto como agente moral, sino que este mínimo se ve arquimédicamente empujado hacia la posición de los que más han alcanzado y, entonces, la igualdad como derecho requiere movimientos redistributivos constantes. Esto significa que, en este renglón, los derechos o, más bien, su contenido se expande al mismo ritmo al que se expande la riqueza material y cultural de una sociedad, lo que nos remite a la eficiencia como elemento de la justicia sobre la que hemos hablado antes.

El quinto trata sobre la posición de los derechos humanos como derechos fundamentales. Dos son los aspectos que me parece debo subrayar. De un lado, el problema de la denominada objeción contra-mayoritaria, es decir la aparente contradicción entre una decisión legislativa sobre el alcance o contenido de un derecho fundamental y su control jurisdiccional que se resuelve por la decisión mayoritaria de un tribunal. La conclusión que sostengo es la que corresponde a lo que, lamentablemente, hemos dado en llamar «constitucionalismo débil» –formulada, entre nosotros, por Juan Carlos Bayón y seguida, entre otros, por Alfonso Ruiz Miguel o Pablo De Lora– y consiste en afirmar que, mientras que tanto los derechos como la democracia expresan principios sustantivos con un valor propio, la rigidez y el control judicial representan sólo valores instrumentales por lo que el diseño ideal debiera asumir que la última palabra, en las cuestiones controvertidas, tendría que ser la palabra de la mayoría.

De otro lado, mi análisis de las supuestas diferencias entre los denominados derechos individuales y los denominados derechos económico-sociales me ha llevado a negar que entre ellos, más allá de su diferente génesis histórica, existan diferencias estructurales que nos exijan tratarlos como dos categorías de derechos irreductiblemente distintas; diferencias que, además, suelen invocarse para contraponer una supuesta perfección de los derechos individuales frente a una supuesta imperfección de los derechos económico-sociales. Creo que esta concepción, por extendida que esté, sigue obedeciendo a los intereses y prejuicios que retrasaron la aparición histórica de los derechos sociales y que no resiste un análisis teórico libre de tales prejuicios. He subrayado que

el error se encuentra en el punto de partida, esto es: en la supuesta facilidad y eficacia inmediata de la protección jurisdiccional de los derechos individuales. Este punto de partida, que suele darse por evidente, parece insinuar que el juez no ha requerido la intervención del legislador para proteger los derechos individuales. Es difícil, si no imposible, concebir cómo podría llevarse a cabo una fácil e inmediata protección del derecho de propiedad, del derecho de sufragio, del derecho a la vida, de la libertad de expresión o del derecho al honor sin la mediación de la legislación civil, la legislación electoral, la legislación penal y la legislación procesal. La principal diferencia entre los derechos individuales y los derechos sociales no estriba, por tanto, en que los primeros no requieran la mediación del legislador y los segundos sí, sino en que la mediación legislativa para configurar los derechos individuales ya estaba, en buena medida, satisfecha en la tradición jurídica occidental (vida, propiedad, libertad de comercio, honor, etc.) y fue corregida y completada en el período de las revoluciones burguesas mientras que tal mediación legislativa para configurar los derechos sociales se inicia, básica y tímidamente, en el siglo XX y está todavía haciéndose.

Finalmente, el sexto. Tomé como pretexto un artículo poco comentado de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 28[9], para sostener que todas las personas tienen un derecho moral cuya satisfacción requiere un orden global nuevo y cuya satisfacción es también condición necesaria de la justicia global. Analicé lo que se han denominado injusticias globales (la guerra; el hambre y la extrema pobreza; y la degradación medioambiental) y en qué formas se abordan en la vigente estructura, internacional denominada «moralidad de los estados», para concluir que una efectiva universalización de los derechos humanos requiere un conjunto básico de normas de validez y eficacia universal que sirvan para asegurarlos por encima de la voluntad de cualquier estructura estatal, supraestatal o subestatal. Esta estructura normativa, dotada de una eficacia aplicativa razonablemente suficiente, resultaría la condición necesaria y suficiente para globalizar la satisfacción del derecho a la seguridad y del derecho a la libertad de todas las personas y, con más dificultades de implementación, el derecho a la igualdad.

Como sabes, todo esto es lo que se desarrolla en ese libro que publiqué justo en el año de mi jubilación y que, como en su prólogo relato, es el resultado de quince años enseñando y aprendiendo una asignatura optativa bajo el rótulo «Ética y derechos humanos». La conclusión es, según creo, que una teoría de los derechos humanos de ese tipo es la mejor, más sencilla y más completa concepción de la justicia de la que hoy disponemos.

Manuel Atienza: *Pues hemos llegado al final de la entrevista. Creo haberte preguntado sobre los temas más importantes de los que te has ocupado a lo largo de tu trayectoria iusfilosófica, pero como uno (un entrevistador) nunca puede estar seguro de no haberse dejado algo*

9. El artículo establece: «Toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos»

relevante y, sobre todo, de haber enfocado bien sus preguntas, quiero hacerte una última que pudiera dar lugar a algo así como una cláusula de cierre por tu parte: ¿Cómo resumirías, en unas pocas palabras, lo que consideras que ha sido tu principal contribución a la filosofía del Derecho? Y ya puestos, ¿qué sugerencias –hablar de consejos quizás resulte excesivo en los tiempos que corren– crees que merecería la pena hacer a los filósofos del Derecho que están ahora iniciando su carrera? ¿Cómo ves, por cierto, el futuro de nuestra disciplina? ¿Qué papel debería jugar, en tu opinión, la filosofía del Derecho en el conjunto de los saberes jurídicos o no jurídicos? ¿Estamos, en definitiva, bien orientados?

Liborio Hierro: Tres preguntas me haces para terminar. La primera sobre mi «principal» aportación a la filosofía del derecho. Entiendo que mi principal aportación, si es que la hay, debiera responder al juicio de los demás, no al mío. Sí puedo decirte, sin embargo, cuál es la que más me ha costado hacer y cuál es la que más me ha satisfecho hacer. La que más esfuerzo (intelectual, se entiende) me ha costado es la que se refiere a la posición de la eficiencia en una teoría igualitaria de la justicia. Me enfrentaba allí a un problema entonces acuciante –y que, probablemente, lo es todavía hoy– ya que se libraba una discusión filosófica sobre los fundamentos de un neoliberalismo que había emergido con fuerza inusitada en el pensamiento económico, político y jurídico. Parecía fácil oponerle una crítica tan simple y radical como sus propias afirmaciones pero me parecía que algo no cuadraba; y eso es lo que trate de aclarar, siguiendo a Calabresi, y llegando a formular una conclusión sobre la posición de la eficiencia en una teoría igualitaria de la justicia. La que más me ha gustado hacer no me llevo tanto esfuerzo aunque me llevo más tiempo y es la que se contiene en mi último libro, una teoría de los derechos humanos como concepción de la justicia.

Pienso que la filosofía del derecho seguirá teniendo un papel protagonista en el conjunto de los saberes jurídicos. Casi todas las instituciones jurídicas, si no todas ellas, se han generado desde discutidos presupuestos filosóficos. Hablemos de la autoridad del soberano, de la patria potestad, de la propiedad privada, de la libertad de comercio, de los contratos, de las penas, de la administración de justicia… hablemos de cualquier institución jurídica y, en su origen y en su desarrollo, se han ido decantando decisiones morales convertidas en decisiones políticas y luego en instituciones jurídicas. Esto sigue hoy ocurriendo en los mismos términos: las formas de la familia, el tratamiento de la transexualidad, la donación o la venta de órganos, la eutanasia, la realización efectiva de derechos sociales básicos como la educación, la sanidad o la vivienda, la sostenibilidad medioambiental, las migraciones, la globalización de la economía, etcétera, etcétera, suscitan desafíos que el derecho positivo no puede resolver sino tras un debate moral que permita consensuar políticamente soluciones razonables y, por ello, la filosofía del derecho tiene un amplio campo de investigación, debate y construcción. Claro es que, para hacerlo, tiene que romper las fronteras artificiosas que la separan de la filosofía moral o la filosofía política. Si algo, ello no obstante, la puede caracterizar es precisamente el estar al mismo tiempo más vinculada a la teoría y la práctica de los juristas profesionales. El diseño vigente entre nosotros –me refiero a que sea una disciplina

con su propio «área de conocimiento»– tiene su ventaja y su inconveniente. La ventaja creo, estriba en mantener un amplio número de puestos de trabajo para quien quiere dedicarse principal o exclusivamente a ello y una inevitable cercanía con las ciencias particulares del derecho positivo; el inconveniente estriba en fomentar una actividad intelectual encerrada en sí misma con el riesgo, precisamente, de alejarse de esas ciencias particulares del derecho positivo.

No estamos necesariamente mal orientados si no nos desorientamos. Resulta difícil, por el riesgo de caer en la arrogancia, tanto dar consejos como hacer sugerencias pero lo asumiré ya que me lo pides. A los jóvenes filósofos del derecho les diría: huye de toda especulación metafísica; practica el análisis como método; no te afilies a ninguna escuela pero utiliza cualquier método o idea que cualquiera de ellas te ofrezca; analiza los problemas concretos a que nos enfrentamos y busca su solución desde un esquema teórico general en que puedas integrarla, si ello no te resulta posible ese esquema está equivocado; y no olvides nunca que la mejor filosofía del derecho la han hecho siempre los juristas aunque los verdaderos problemas jurídicos son siempre problemas morales. Y añadiría: esto te lo sugiere un profesor a quien siempre han tildado de positivista, una evidente prueba de que no debes preocuparte por las etiquetas.

Me queda tan solo expresarte a ti, Manuel Atienza, mi más profundo agradecimiento por haberme sometido a esta dura y larga entrevista. Me has hecho, con ello, un honor que nunca hubiera pensado merecer. Gracias.

REGLAS PARA LA PUBLICACIÓN DE TRABAJOS EN *DOXA*

1. CORRESPONDENCIA

   Los originales se remitirán por correo electrónico a la dirección de la revista: *doxa@ua.es*.

2. TIPOS DE TRABAJOS

   La revista aceptará propuestas de dos tipos de contribuciones: «artículos» y «notas»; ambos habrán de ser trabajos de investigación inéditos. La revista se reserva el derecho a decidir cómo clasificar los trabajos recibidos.

3. FORMATO

   Los trabajos deberán estar redactados en español (en caso de ser traducciones, el nombre del traductor constará en la nota inicial del trabajo).
   La primera página incluirá el título (en español y en inglés), nombre completo del autor, puesto docente o investiga- dor, centro de trabajo y datos de contacto, incluyendo una dirección de correo electrónico, el código ORCID, en su caso, y si el trabajo ha contado con financiación.
   Además, para facilitar la revisión anónima, debe incluirse una copia del trabajo sin ninguna referencia al autor.

4. *ABSTRACTS* Y PALABRAS CLAVE

   Los trabajos deberán ir precedidos por dos *abstracts*, uno en español y otro en inglés, de una extensión no superior a diez líneas, así como de una propuesta de palabras clave en ambos idiomas, separados por punto y coma.

5. EXTENSIÓN DE LOS TRABAJOS

   Para la sección de artículos, la extensión recomendada es de 25 a 30 páginas a espacio y medio, con tipografía Times New Roman de cuerpo 12. En ningún caso se aceptarán originales que superen el límite de 15.000 palabras. Para la sección de notas, la extensión recomendada es de 15 a 20 páginas y en ningún caso se aceptarán originales que superen el límite máximo de 10.000 palabras.

6. PROCESO DE EVALUACIÓN PARA LA ACEPTACIÓN DE TRABAJOS

   La redacción de la revista dará acuse de recibo de los trabajos que le lleguen y pasará a informe confidencial por al menos dos evaluadores anónimos a aquellos que reúnan el mínimo de calidad pertinente. A la luz de los informes los editores tomarán alguna de las siguientes decisiones, que se comunicarán a los interesados:

   a) Aceptación del trabajo.
   b) Aceptación condicionada a las modificaciones requeridas.
   c) No aceptación del trabajo.

7. PUBLICACIÓN

   Los trabajos aceptados pasarán a formar parte del fondo de la revista, la cual se compromete a su publicación. La redacción tomará de dicho fondo los trabajos que conformarán cada número.
   Se podrá requerir a los autores la corrección de las pruebas de imprenta de sus trabajos, que habrá de ser realizada y enviada en un plazo máximo de setenta y dos horas.

8. EJEMPLARES

   Una vez que el número haya sido publicado, se enviará a cada autor un ejemplar del mismo y la correspondiente separata electrónica.

9. NORMAS DE EDICIÓN

   Notas a pie de página. Las notas se numerarán en caracteres arábigos, en formato superíndice y orden creciente, siempre antes del signo de puntuación que correspondiese.

   Citas. Las citas irán en redonda y no cursiva, y entre comillas angulares. Las comillas dentro de comillas pasarán a ser voladitas. Cuando la cita exceda de tres líneas, se separará del cuerpo principal del texto, irá sangrada y a cuerpo menor. Cualquier cambio introducido en la cita original deberá indicarse encerrándolo entre corchetes.

   Bibliografía. Las citas bibliográficas seguirán el sistema APA. Los apellidos del autor, año de edición del original, páginas.

   — Si el autor publicó varias obras el mismo año, se pondrán letras al lado de la fecha, comenzando por a, b, c... (Pérez, 2007a, pp. 10-15).

   — Si hay varios autores citados con el mismo apellido, añadir la inicial del nombre de pila (Pérez, S., 2007a, pp. 10-15).

   En bibliografía, seguir el sistema APA. Apellidos, inicial del nombre, año entre paréntesis, punto y capítulo de libro o artículo de revista entre comillas angulares, título de la obra o de la revista en cursivas (si se trata de una revista, luego el número), el tomo o volumen entre paréntesis, las páginas y, en su caso, el DOI.

   Pérez, S., (2007). «Una teoría», Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho, *30*, 3-25. doi: 10.14198/DOXA2007.43.07

COMPROMISO ÉTICO PARA LA PUBLICACIÓN DE ARTÍCULOS

Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho se adhiere a las directrices del EASE (*European Association of Science Editors*) y del COPE (*Committee on Publication Ethics*), que pautan unas buenas prácticas para la gestión, edición, revisión y publicación de resultados científicos en revistas de diferentes áreas de conocimiento. Brevemente, de acuerdo con lo allí establecido:

Los autores se comprometen a remitir trabajos inéditos, que no hayan sido publicados anteriormente y que no se encuentren sometidos a evaluación por otras revistas mientras no se complete el proceso de evaluación por parte de esta revista. El envío de trabajos para su evaluación requiere omitir en la copia ciega cualquier dato que pueda ser identificado por los revisores respecto a su autoría y de igual modo implica aceptar las normas de publicación, revisión y evaluación de la revista que se detallan a tal fin en cada número de la misma.

Los revisores de los trabajos asumen el compromiso de realizar una revisión crítica, honesta y constructiva sobre la calidad científica del texto dentro el ámbito de sus conocimientos y habilidades. Por ello, solo revisarán un trabajo si se sienten competentes con la temática a revisar y si no existen conflictos de interés.

El Director, los Secretarios y los Editores se comprometen a respetar la imparcialidad y mantener la confidencialidad de los trabajos enviados, sus autores y revisores, de forma que el anonimato preserve la integridad de todo el proceso de evaluación. A tal fin garantizarán la selección de los revisores más cualificados y especialistas en la materia para emitir una apreciación crítica y experta del trabajo. Asimismo en la medida de lo posible, evitarán todo tipo de conflictos de intereses y cumplirán estrictamente con los tiempos de evaluación, edición y publicación que exige la periodicidad de la revista.

Pablo E. Navarro
Eugenio Bulygin y la filosofía del derecho

Elías Díaz
Autonomía individual y moral universal. Un repaso autobiográfico

Artículos

Peter Ehret
El homo europeus. *¿Imposible sujeto cultural de una democracia europea?*

Diego M. Papayannis
No tan distintos: el derecho privado redistributivo frente al mito de la superioridad del derecho público. Parte I

Juan Pablo Castillo Morales
¿Es compatible la noción de solidaridad vertical con un Derecho penal humano? El personalismo y la idea de fraternidad

Florencia Rodríguez Nasuti
Condiciones para la apropiación privada legítima de bienes en la teoría de Locke. Efectos de la introducción del dinero sobre ellas y sobre la distribución de la propiedad

En torno a la aplicación judicial del Derecho

María Carlota Ucín
¿Jueces sensibles? Una introducción al análisis del rol de las emociones en la decisión judicial

Ramón Beltrán Calfurrapa
Las máximas de la experiencia como generalizaciones empíricas: notas sobre sus implicancias argumentativas en materia jurisdiccional

Catherine Ricaurte
Argumentación y prueba en casos de femicidio

Rodrigo Coloma Correa y Juan Luis Modolell González
Lo súbito como desafío a la imputación

Celia Fernández-Aller y M.ª Mercedes Serrano Pérez
¿Es posible una inteligencia artificial respetuosa con la protección de datos?

Diego Dei Vecchi
Prueba sin convicción en su justa medida

En torno a las normas

María Beatriz Arriagada
Normas regulativas y normas constitutivas en el derecho. Ontología, interpretación y cultura jurídica

Alí Lozada
Principios formales y sentido común jurídico. Sobre la presunción de constitucionalidad de la ley

Santiago Rodríguez
La exigencia de completitud de los sistemas jurídicos en Alchourrón y Bulygin: una crítica

Notas

Antonio Villar
Sobre «La tiranía del mérito»

Lucas E. Misseri
La distopía meritocrática y la utopía comunitarista de Michael Sandel

Comentarios al libro *Positivismo jurídico interno* de M. Cristina Redondo

Alberto Carrio Sampedro
Sobre la existencia y conocimiento de normas. Algunos comentarios y observaciones críticas a los presupuestos ontológicos y epistémicos del positivismo jurídico «interno» de Cristina Redondo

Alba Lojo
Los problemas epistemológicos de las reglas genuinas en «Positivismo jurídico 'interno'» de María Cristina Redondo

Sebastián Agüero-SanJuan
Sistema jurídico e identificación del derecho. Una posible respuesta bulyginiana a «La teoría positivista de Bulygin. Un análisis crítico» de María Cristina Redondo

Osvaldo de la Fuente Castro
Positivismo jurídico, interpretativismo e institucionalismo. Comentario al capítulo IV de «Positivismo jurídico 'interno'» de María Cristina Redondo

Lorena Ramírez-Ludeña
La imposibilidad del positivismo jurídico interno

J.J. Moreso
La normatividad en el positivismo jurídico interno. A modo de colofón

Entrevista

Manuel Atienza
Entrevista A Liborio Hierro

ISSN 0214-867-6